

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) Pasal 1 ayat 3 menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Menurut Jimly Asshidiqqie, dalam konsep negara hukum diidealkan bahwa yang harus dijadikan panglima dalam dinamika kehidupan kenegaraan adalah hukum, bukan politik ataupun ekonomi. Karena itu, jargon yang biasa digunakan untuk menyebut prinsip negara hukum adalah *the rule of law, not of man*.¹ Gagasan negara hukum itu dibangun dengan mengembangkan perangkat hukum itu sendiri sebagai suatu sistem yang fungsional dan berkeadilan, dikembangkan dengan menata supra struktur dan infra struktur kelembagaan politik, ekonomi dan sosial yang tertib dan teratur, serta dibina dengan membangun budaya dan kesadaran hukum yang rasional dan impersonal dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Untuk itu, sistem hukum itu perlu dibangun (*law making*) dan ditegakkan (*law enforcing*) sebagaimana mestinya, dimulai dengan konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi kedudukannya.²

Didalam Pasal 24 UUDNRI Tahun 1945 memberikan kekuasaan kehakiman kepada Mahkamah Agung (MA) dan lembaga peradilan dibawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi (MK). Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan UUD NRI Tahun 1945 demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia.

¹ Jimly Asshidiqqie, *Gagasan Negara Hukum Indonesia*, makalah disampaikan dalam *Forum Dialog Perencanaan Pembangunan Hukum Nasional yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Kementerian Hukum dan HAM RI pada tanggal 22-24 Nopember 2011 di Jakarta*, 1, sumber <https://www.pn-gunungsitoli.go.id>, diakses tanggal 11-07-2024

² Asshidiqqie, *Gagasan Negara Hukum...*, 2.

Badan peradilan dibawah Mahkamah Agung meliputi badan peradilan dalam lingkungan peradilan umum yang dilaksanakan oleh Pengadilan Negeri (PN) dan Pengadilan Tinggi (PT), peradilan agama yang dilaksanakan oleh Pengadilan Agama (PA) dan Pengadilan Tinggi Agama (PTA), peradilan militer yang dilaksanakan oleh Pengadilan Militer dan Pengadilan Tinggi Militer, serta peradilan tata usaha negara yang dilaksanakan oleh Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) dan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara (PTTUN).

Peradilan Agama sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu, yang merupakan tugas dan wewenang Pengadilan Agama adalah memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam.³ Kewarisan dan wasiat menjadi salah satu kewenangan absolut Pengadilan Agama, namun dalam kenyataannya belum ada hukum materiil dalam bentuk Undang-Undang yang mengaturnya pada lingkungan Peradilan Agama, meskipun telah banyak dibahas dalam berbagai sistem hukum,⁴ mulai dari Hukum Perdata/Burgerlijk Wetboek (BW), Hukum Adat dan Hukum Islam.

³ Menurut Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama menegaskan, "Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang :

- a. perkawinan;
- b. waris;
- c. wasiat;
- d. hibah;
- e. wakaf;
- f. zakat;
- g. infaq;
- h. shadaqah; dan
- i. ekonomi syari'ah.

⁴ Sistem hukum adalah suatu kesatuan komponen-komponen yang berada di dalam hukum, yang masing-masing komponen tersebut saling berhubungan satu sama lain. Hukum sebagai sebuah sistem, berarti di dalamnya terdiri atas komponen atau unsur-unsur yang saling bekerja sedemikian rupa sehingga membentuk suatu pola dengan ciri-ciri tersendiri. Menurut Lawrence M. Friedman sistem hukum terdiri dari tiga elemen, yaitu elemen struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*), dan budaya hukum (*legal culture*). Pengadilan beserta organisasinya, dan DPR merupakan elemen struktur dari sistem hukum. Substansi hukum adalah peraturan-peraturan yang ada, norma-norma dan aturan tentang perilaku manusia, atau yang biasanya dikenal orang sebagai "hukum" itulah substansi hukum. Sedangkan budaya hukum adalah sikap dari masyarakat terhadap hukum dan sistem hukum, tentang keyakinan, nilai, gagasan, serta harapan masyarakat tentang hukum. Selanjutnya untuk menjelaskan hubungan antara ketiga elemen sistem hukum tersebut Friedman dengan menarik dan jelas sekali membuat

Hukum Islam⁵ adalah mencakup seluruh aspek kehidupan manusia dengan tujuan untuk mencapai kebahagiaan baik di dunia maupun di akhirat. Aspek-aspek kehidupan yang diatur oleh Allah SWT dapat dibagi menjadi dua kategori. Pertama, hubungan antara manusia dengan Allah SWT, yang disebut sebagai ibadah dan bertujuan menjaga hubungan tersebut. Kedua, hubungan antar sesama manusia dan alam sekitarnya, yang disebut muamalah.⁶ Kedua jenis hubungan ini harus dijaga agar manusia terhindar dari kehinaan, kemiskinan, dan murka Allah SWT.

Salah satu aturan yang mengatur hubungan antar manusia adalah aturan tentang kewarisan,⁷ yaitu proses pengalihan harta dari pewaris kepada ahli waris.

sebuah ilustrasi yang menggambarkan sistem hukum sebagai suatu "proses produksi" dengan menempatkan mesin sebagai "struktur", kemudian produk yang dihasilkan sebagai "substansi hukum", sedangkan bagaimana mesin ini digunakan merupakan representasi dari elemen "budaya hukum". Lihat M. Friedmann, *Legal Theory*, diterjemahkan menjadi *Teori dan Filsafat Hukum* oleh Muhammad Arifin (Jakarta: CV. Rajawali, 1990) 47. Sistem hukum yang berlaku di Indonesia pada saat ini khususnya sistem hukum kewarisan mengenal 3 (tiga) sistem hukum kewarisan, yaitu sistem hukum eropa yang mengatur tentang kewarisan yaitu pada bab XII sampai dengan bab XVIII (pasal 830 sampai dengan 1130) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata), sistem hukum kewarisan adat dan sistem hukum kewarisan islam yang diberlakukan kepada golongan rakyat yang beragama Islam sebagaimana diatur dalam Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 jo Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 154 tahun 1991 tentang Kompilasi hukum Islam (KHI).

⁵ Hukum Islam merupakan kumpulan usaha dari para pakar hukum Islam untuk melaksanakan syari'at sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Dalam hal ini, istilah hukum Islam mengacu pada sintesis dari syari'ah dan fiqh, Hasby Ash-Shiddieqy, *Falsafah Hukum Islam*, cet. ke-2 (Jakarta: Bulan Bintang, 1986), 44. Hukum Islam merupakan istilah khas Indonesia yang dalam penggunaan kesehariannya mengandung kerancuan, yaitu sebagai padanan syari'ah di satu sisi dan sebagai padanan fiqh di sisi lain. Sedangkan dalam literatur Barat istilah tersebut dikenal dengan *Islamic Law* sebagai terjemahan *al-Syari'ah al-Islamiyah* atau *Islamic Jurisprudence* sebagai terjemahan *al-Fiqh al-Islami*, Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia* (Yogyakarta: Gama Media, 2001), 13. Menurut Syamsul Anwar, istilah hukum Islam disebut dengan berbagai nama; *syari'ah*, *fiqh*, *qanun*, *hukum syar'i* dan terjemahan dalam bahasa non Arab seperti hukum Islam dalam bahasa Indonesia, *Islamic law* dalam bahasa Inggris. Menurutnya, nama-nama tersebut secara keseluruhan menunjukkan strategi dan taktik hukum Islam untuk berevolusi mengikuti perkembangan zaman dengan tetap mempertahankan esensinya sebagai hukum yang berdimensi Ilahiah, Syamsul Anwar, "Legal Drafting Materi Hukum Islam: Perspektif Hukum Islam" dalam Syamsul Anwar, dkk., *Antologi Hukum Islam Indonesia antara Idealitas dan Realitas* (Yogyakarta: Syari'ah Press, 2008), 213-216.

⁶ Abd al-Wahhāb Khallāf, *ʿIlm Ushūl al-Fiqh* (ttp.: Maktabah al-Da'wah Islāmiyyah, t.t.), 32-33.

⁷ Dalam pandangan J.N.D. Anderson, hukum kewarisan Islam merupakan inti syari'ah, karena ia ditunjuki langsung oleh Al-Qur'an dan hadis. Selama berabad-abad hukum tersebut menjadi ciri khas umat muslim dan berlaku hampir di semua wilayah dunia Islam dan bahkan berlaku di kalangan warga negara non-muslim di beberapa negara Islam, J.N.D. Anderson, *"Hukum Islam di Dunia Modern"*, alih bahasa Machnun Husein (Surabaya: Amarpress, 1990), 65-66.

Harta peninggalan pewaris membutuhkan pengaturan mengenai siapa yang berhak menerimanya, berapa bagiannya, dan bagaimana cara pembagiannya.⁸

Aturan warisan ini ditetapkan oleh Allah SWT melalui Al-Qur'an, dengan penjelasan tambahan yang diberikan oleh Rasulullah SAW melalui hadits. Meskipun demikian, penerapannya seringkali menimbulkan perdebatan dan kajian lebih lanjut, yang akhirnya dirumuskan dalam bentuk ajaran normatif.⁹

Salah satu isu yang masih menjadi topik diskusi dan kajian di kalangan ahli teori dan praktisi hukum Islam adalah masalah kewarisan antar agama (*ikhtilāf addīn*).¹⁰ Meskipun Al-Qur'an tidak secara eksplisit membahas hak kewarisan antara seorang muslim dan non-muslim, beberapa ulama sering kali merujuk pada beberapa ayat yang digunakan sebagai landasan untuk melarang pewarisan di antara mereka, meskipun ayat-ayat tersebut tidak secara langsung menyebutkan pelarangan tersebut.¹¹ Larangan ini umumnya didasarkan pada hadits Nabi Muhammad SAW yang diriwayatkan dari Usamah ibn Zaid yang menyatakan:

لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَالْكَافِرُ الْمُسْلِمَ

Orang Islam tidak mewarisi orang kafir dan orang kafir tidak mewarisi orang Islam.¹²

⁸ Kompilasi Hukum Islam Pasal 171 (a). Wiryono Prodjodikoro, *Hukum Warisan di Indonesia* (Bandung: Sumur Bandung, 1983), hlm.13. Hasby Ash- Shiddieqy, *Fiqhul Mawaris* (Jakarta: Bulan Bintang, 1973), 18.

⁹ Sejak periode sahabat telah ada perkembangan pemikiran dalam memahami aturan yang berkaitan dengan pembagian warisan, khususnya ketika hal-hal yang pelik terjadi. Oleh karena itu, ijtihad dalam hal ini sudah terjadi sejak masa sahabat, seperti munculnya *al-radd* dan *al-'aul*, wasiat wajibah di Mesir, penggantian tempat, wasiat wajibah untuk anak angkat Dalam KHI dan lain-lain. Artinya, walaupun cara pembagian warisan dalam hukum kewarisan Islam sudah dianggap *qath'i* dengan angka-angka yang eksplisit, dalam hal tertentu, diperlukan pengkajian kembali.

¹⁰ Tentang wacana pemikiran kewarisan beda agama, antara lain, bisa dibaca, Siti Musdah Mulia, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: Tim Pengarustamaan Gender Departemen Agama RI., 2004), hlm. 83-115, Mun'im A. Sirry, *Fiqh Lintas Agama: Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis* (Jakarta: Paramadina bekerja sama dengan The Asia Foundation, 2004), 165-166.

¹¹ Ayat Al-Qur'an yang sering dijadikan dasar pelarangan hak kewarisan antara muslim dengan non muslim misalnya surat An-Nisā' (4):13 dan 141, surat Hūd (11): 45-46, surat At-Tahrīm (66): 6.

¹² Bukhārī, *Sahīh al-Bukhārī* "Kitāb al-Farāid" (Beirut: Dār al-Fikr, t.t.), VII: 11. Muslim, *Sahīh al-Muslim*, "Kitāb Farāid" (t.tp.: Al-Qanā'ah, t.t.), II: 2. Abī Dāwud, *Sunan Abī Dāwud* (Beirut: Dār al-Fikr, t.t.), III: 124.

Berdasarkan nash tersebut, mayoritas ulama sepakat bahwa tidak diperbolehkan adanya saling waris-mewarisi antara seorang muslim dan non-muslim.¹³

Larangan saling mewarisi antara Muslim dan non-Muslim yang didasarkan pada hadis Nabi saw. terkait erat dengan konteks sejarahnya. Seiring berjalannya waktu, aturan ini mengalami perubahan. Misalnya, Mu'āwiyah dan Mu'āz berpendapat bahwa seorang Muslim dapat mewarisi dari non-Muslim, tetapi sebaliknya tidak bisa.¹⁴ Ulama lain seperti Ahmad ibn Hanbal berpendapat bahwa seorang Muslim dapat mewarisi dari non-Muslim jika dia telah membebaskannya dari perbudakan.¹⁵ Berbagai pandangan ini menunjukkan bahwa mereka tidak selalu menerapkan aturan sesuai dengan teks hukum yang ada,¹⁶ dan ulama terus mencari alternatif dalam hubungan dengan agama lain.

Kesepakatan ulama mengenai larangan saling mewarisi antara Muslim dan non-Muslim diadopsi dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), meskipun ada perbedaan konteks yang melatarbelakanginya. KHI, yang diresmikan melalui Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991, secara tegas melarang pewarisan antara Muslim dan non-Muslim. Larangan ini tercantum dalam Ketentuan Umum Pasal 171 huruf b dan c yang mengharuskan pewaris dan ahli waris memiliki agama yang sama, yaitu Islam.¹⁷ Selain itu, KHI juga tidak memberikan aturan tentang

¹³ Ulama-ulama termasyhur dari kalangan 'sahabat, tabi'in dan imam mazhab bersepakat, tidak saling mewarisi antara muslim dengan non-muslim, Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab*, alih bahasa Maskur AB (Jakarta: Lentera Basritama, t.t.), hlm. 541-542, Fatchur Rahman, *Ilmu Waris*, cet.ke-2 (Bandung: Al-Maarif, 1981), hlm. 88-99. Ahmad Rofiq, *Fiqh Mawaris*, edisi revisi, cet. ke-4 (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001), hlm. 30. Amir Syarifuddin, *Hukum Kewarisan Islam*, cet. ke-1 (Jakarta: Kencana, 2004), hlm. 86. Larangan saling mewarisi antara muslim dengan non-muslim juga terjadi di Malaysia, Mohd Zamro Muda dan Mohd. Ridzuan Awang, *Undang-undang Pusaka Islam Pelaksanaan di Malaysia*, cet. ke-1 (Malaysia: Jabatan Syari'ah Fakulti Pengajian Islam UKM, 2006), 23.

¹⁴ Abī Muhammad 'Alī bin Ahmād bin Sa'īd bin Hazm, *Al-Muhallā* (Beirut: Dār al-Fikr, t.t.), 304-305. 'Alī ibn Hajar, *Fath al-Bārī* (ttp: Maktabah as-Salafiyah, t.t.), XII: 50

¹⁵ As-San'ānī, *Subul as-Salām*, "Bāb al-Farāid" (Kairo: Dār al-H}adīṣ, t.t.), III: 954, Ibn H}azm, *Al-Muhallā* (Beirut: Dār al-Fikr, t.t.), VI: 304-305.

¹⁶ Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Dekonstruksi Syari'ah*, alih bahasa Ahmad Suaedy dan Amirudin Arrani, cet. ke-2 (Yogyakarta: LKiS, 1997), I: iv.

¹⁷ Pasal 171 huruf b dan c selengkapnya sebagai berikut: (b) Pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau dinyatakan meninggal berdasarkan putusan pengadilan beragama Islam, meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan. (c) Ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunianya pewaris mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam, dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris.

peralihan harta dari pewaris Muslim kepada ahli waris non-Muslim melalui cara apapun, termasuk melalui wasiat wajibah.¹⁸

Kompilasi Hukum Islam (KHI) memiliki aturan tersendiri tentang wasiat wajibah, yang berbeda dengan konsep wasiat wajibah yang diterapkan di negara-negara Muslim lainnya. Dalam KHI, ketentuan mengenai wasiat wajibah, sebagaimana dijelaskan dalam Pasal 209, hanya berlaku untuk anak angkat jika orang tua angkatnya meninggal tanpa wasiat, atau sebaliknya, bagi orang tua angkat jika anak angkatnya meninggal tanpa wasiat.¹⁹ Dari ketentuan pasal ini pula kemudian dikenal dengan asas wasiat wajibah, yang merupakan salah satu asas dalam hukum kewarisan Islam di Indonesia dalam KHI.²⁰ Berdasarkan latar belakang penyusunan KHI, beberapa alasan pembatasan wasiat wajibah hanya untuk anak angkat dan orang tua angkat adalah: *pertama*, para ulama di Indonesia tidak menerima konsep anak angkat sebagai ahli waris seperti yang berlaku dalam hukum adat; *kedua*, pengakuan ahli waris pengganti untuk cucu yang orang tuanya meninggal sebelum kakeknya dianggap lebih adil dan manusiawi bagi masyarakat Indonesia.²¹

¹⁸ Wasiat wajibah adalah wasiat yang diperuntukkan kepada para ahli waris atau kerabat yang tidak mendapat bagian harta warisan dari orang yang wafat karena adanya suatu halangan syarak, Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam* (Jakarta: Ichtiar Baru van Hoeve, 1996), VI: 1930. Termasuk kategori halangan syarak adalah: 1) adanya *mawāni' al-irsi* seperti beda agama, perbudakan dan pembunuhan, 2) *mahjūb* yaitu terdinding oleh ahli waris yang lebih utama dan 3) termasuk kelompok *zawī al-arhām*, yaitu kerabat yang tidak termasuk *ashāb al-furūd* dan 'asabah, Suparman Usman dan Yusuf Somawinata, *Fiqih Mawaris Hukum Kewarisan Islam*, cet.ke-1 (Jakarta: Gaya Media, 1997), 174.

¹⁹ Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam:

- (1) Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan Pasal 176 sampai dengan Pasal 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan anak angkatnya.
- (2) Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya.

²⁰ *Asas Wasiat Wajibah*, maksudnya anak angkat dan ayah angkat secara timbal balik dapat melakukan wasiat tentang harta masing-masing, bila tidak ada wasiat dari anak angkat kepada ayah angkat atau sebaliknya, maka ayah angkat dan/atau anak angkat dapat diberi wasiat wajibah oleh Pengadilan Agama atau Mahkamah Syar'iyah secara *ex officio* maksimal 1/3 bagian dari harta warisan. Baca Pedoman Pelaksanaan Tugas Dan Administrasi Peradilan Agama, Buku II Edisi Revisi (Jakarta: Mahkamah Agung RI Direktorat Jendral Badan Peradilan Agama, 2014), 161.

²¹ Hartini, "Wasiat Wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia", *Mimbar Hukum*, No. 37 Tahun II, 2001, 189. Adapun ide yang ada dibalik semangat untuk mengkonstruksi wasiat wajibah tersebut adalah para ahli hukum Islam Indonesia merasa berkewajiban untuk menjembatani kesenjangan antara hukum Islam dan hukum adat. Karena sebagaimana diketahui

Meskipun KHI hanya mengatur wasiat wajibah bagi anak angkat dan orang tua angkat, dan tidak memberikan mekanisme wasiat wajibah bagi pewaris Muslim terhadap ahli waris non-Muslim, Mahkamah Agung Republik Indonesia (MA RI) memutuskan untuk memberikan bagian harta warisan kepada ahli waris non-Muslim melalui konsep wasiat wajibah. Beberapa putusan MA yang memberikan bagian kepada ahli waris non-Muslim melalui jalan wasiat wajibah adalah sebagai berikut:

No.	Nomor Perkara	Pemberian wasiat wajibah
1.	368.K/AG/1995 tanggal 16 Juli 1998	Memberikan hak wasiat wajibah kepada anak perempuan kandung non-Muslim.
2.	Nomor 51.K/AG/1999 tanggal 29 Februari 1999	Memberikan hak kepada saudara kandung non-Muslim dengan wasiat wajibah.
3.	Nomor 16.K/AG/2010 tanggal 30 April 2010	Memberikan hak wasiat wajibah kepada istri non-Muslim.
4.	Nomor 721 K/AG/ 2015 tanggal 19 November 2015	Dua orang anak Pewaris yang beragama non Islam diberikan bagian dengan jalan wasiat wajibah
5.	Nomor 218 K/AG/ 2016 tanggal 26 Mei 2016	Istri dan anak non muslim diberikan bagian dengan jalan wasiat wajibah.
6.	Nomor 331.K/AG/2018 tanggal 31 Mei 2018	Memberikan hak wasiat wajibah kepada suami non-Muslim

Putusan Mahkamah Agung (MA) tersebut menarik untuk dikaji karena selain menyimpangi dari ketentuan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI),

hukum Islam secara keras menolak lembaga adopsi, sementara di kalangan keluarga Islam di Indonesia banyak ditemui praktik adopsi, maka para ahli hukum Islam di Indonesia berusaha mengakomodasikan sistem nilai yang ada dalam kedua hukum itu dengan jalan mengambil institusi wasiat wajibah yang berasal dari hukum Islam sebagai sarana untuk menerima fasilitas nilai moral yang ada dibalik praktik adopsi dalam hukum adat. Usaha ini menurut Ratno Lukito, harus dilakukan karena realitas sosial menunjukkan bahwa masyarakat yang mempraktikkan adopsi tersebut, orang tua angkat selalu memikirkan kesejahteraan anak angkatnya ketika mereka sudah meninggal, Baca Ratno Lukito, *Hukum Islam dan Realitas Sosial*, (Yogyakarta: Fakultas Syari'ah UIN Sunan Kalijaga, 2008), 111.

sebagian ulama masih memperdebatkan status hukum wasiat, terutama konsep wasiat wajibah yang baru dikenal setelah lahirnya Undang-Undang Wasiat Mesir Nomor 71 Tahun 1946.²² Perbedaan pandangan ulama mengenai status hukum wasiat berakar dari penafsiran mereka terhadap ayat dalam surat Al-Baqarah (2): 180 yang memerintahkan umat Muslim untuk berwasiat kepada orang tua dan kerabat dekat. Ulama terbagi menjadi tiga kelompok dalam menafsirkan ayat tersebut. Sebagian ulama berpendapat bahwa kewajiban berwasiat kepada orang tua dan kerabat dekat tetap berlaku dan tidak dihapus oleh ayat atau hadis lain. Kelompok kedua berpendapat bahwa ketentuan tersebut telah dihapus oleh ayat-ayat kewarisan dalam surat An-Nisa' (4): 11 dan 12. Sedangkan kelompok ketiga berpendapat bahwa kewajiban berwasiat tetap berlaku khusus bagi orang tua dan kerabat yang terhalang menerima warisan karena ketentuan syariah.²³

Penerapan wasiat wajibah untuk ahli waris non-Muslim dalam putusan MA juga dinilai berbeda dengan pendapat mayoritas ulama di beberapa negara Muslim yang telah lebih dahulu mempraktikkan konsep wasiat wajibah. Negara-negara seperti Mesir, Suriah, Tunisia, dan Maroko menerapkan wasiat wajibah untuk menyelesaikan masalah warisan cucu yang orang tuanya meninggal sebelum kakek atau neneknya. Cucu-cucu ini tidak memperoleh warisan karena terdinding (*mahjub*) oleh saudara-saudara dari ayah mereka.²⁴ Namun, berbeda

²² Istilah wasiat wajibah dipergunakan pertama di Mesir melalui Undang-undang Wasiat Mesir Nomor 71 Tahun 1946 untuk menegakkan keadilan dan membantu cucu yang tidak memperoleh hak warisnya, Atho Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad, Antara Tradisi dan Liberasi* (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 2000), hlm. 163-164. Undang-undang Wasiat Mesir tersebut dalam perkembangannya diadopsi, dengan sedikit perubahan oleh beberapa negara muslim, yakni Siria, Maroko dan Tunisia. Abdullah Sidik, *Hukum Waris Islam dan Perkembangannya di Seluruh Dunia Islam* (Jakarta: Wijaya, 1984), 222

²³ Hasanain Muhammad Makhlūf, *Al-Mawārid fī al-Syarī'at al-Islāmiyyah* (Kairo: Lajnah al-Bayyan al-'Arabī, 1958), 17. Menurut Muhammad Syahrur, sebagaimana yng dikutip oleh Asral Fuadi, bahwa ayat-ayat dalam al-Qur'an yang membahas wasiat lebih banyak dibandingkan ayat-ayat tentang waris. Ia menemukan sepuluh ayat terkait wasiat dan hanya tiga ayat mengenai waris. Syahrur menegaskan bahwa pandangan yang menyatakan ayat-ayat tentang wasiat telah dihapus (*dinasakh*) merupakan dampak dari berbagai faktor sosial-politik yang mendominasi dan memengaruhi pengembangan fikih. Hal ini, menurutnya, menjurus pada pendekatan yang cenderung mengabaikan konteks sejarah, disertai upaya untuk memaksakan kepatuhan terhadap produk fikih tersebut demi menjaga status quo generasi salaf. Asral Fuadi, *Reduksitas Hukum Wasiat (Studi Pemikiran Muhammad Syahrur)*, Ijtihad, Volume 36, No. 1 Tahun 2020, 50-51.

²⁴ Undang-undang Wasiat Mesir Pasal 76-78, Hukum Status Personal Siria 1953 Pasal 257-288, Hukum Status Personal Maroko 1957 Pasal 266-269, Hukum Status Personal Tunisia

dengan praktik di Tunisia, Pasal 174 dan 175 dari Undang-Undang Keluarga Tunisia tahun 1956 menyatakan bahwa wasiat antara dua pihak yang berbeda agama sah, begitu juga wasiat yang dilakukan oleh pihak-pihak yang berbeda kewarganegaraan.²⁵ Meskipun negara-negara tersebut sepakat memberikan bagian harta kepada cucu yang orang tuanya meninggal lebih dahulu dari pewaris melalui wasiat wajibah, namun secara teknis ada sedikit perbedaan dalam penerapannya. Menurut Undang-undang Wasiat Mesir yang berhak menerima wasiat wajibah adalah cucu keturunan anak laki-laki (seluruh generasi) dan cucu keturunan anak perempuan (generasi pertama), menurut Undang-undang Maroko dan Suriah hanya cucu keturunan anak laki-laki (seluruh generasi), dan menurut Undang-undang Tunisia adalah cucu (generasi pertama) dari keturunan anak laki-laki atau perempuan.²⁶

Putusan Mahkamah Agung (MA) tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris non-Muslim tersebut sempat menuai kontroversi.²⁷ Sebagai produk ijtihad, apa yang telah dilakukan oleh MA perlu dihargai sebagai upaya penemuan hukum yang bertujuan untuk merespon situasi dan kondisi masyarakat yang terus berkembang. Putusan ini juga dapat dilihat sebagai langkah dalam rangka pembaruan hukum Islam, meskipun pembaruan tersebut masih bersifat terbatas karena tetap mempertahankan posisi ahli waris non-Muslim sebagai pihak yang terhalang menerima warisan (*mamnū'*) sebagaimana *ijma'* ulama.

1956 Pasal 192, Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries* (New Delhi: Academy of Law and Religion, 1987), 127-163.

²⁵ Zudi Rahmanto, "Hukum Keluarga Islam di Republik Tunisia" dalam H.M. Atho' Mudzhar dan Khoiruddin Nasution (ed.), *Hukum Keluarga Dunia Islam Modern (Studi Perbandingan dan Keberlanjutan UU Modern dari Kitab-kitab Fikih)*, cet. ke-1 (Jakarta: Ciputat Press, 2003), 93.

²⁶ Suparman Usman dan Yusuf Somawinata, *Fiqh Mawaris Hukum.*, hlm. 176-179. Roihan A. Rasyid, "Pengganti Ahli Waris dan Wasiat Wajibah" dalam Cik Hasan Bisri, *et.al Kompilasi Hukum Islam dalam Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999), 88-89.

²⁷ Sebagian masyarakat menyambut positif pembaruan hukum yang dilakukan oleh MA dalam hal pemberian harta kepada ahli waris non-muslim melalui wasiat wajibah, karena dianggap selaras dengan perkembangan hukum yang berlaku di masyarakat. Namun, salah satu Hakim Agung MA RI, Habiburrahman, tidak sependapat dengan cara tersebut. Menurutnya, ahli waris non-muslim secara tegas dilarang menerima warisan dari pewaris muslim berdasarkan Al-Qur'an, hadis, dan pendapat ulama mazhab. Oleh karena itu, aturan tersebut perlu diubah dan disesuaikan kembali dengan Al-Qur'an dan sunnah. Hal ini menunjukkan adanya pengaruh hukum adat dan hukum Barat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), Habiburrahman, *Rekonstruksi Hukum Kewarisan Islam di Indonesia* (Jakarta: Prenada Media, 2011), 210.

Pembaruan hukum melalui penemuan hukum²⁸ yang dilakukan oleh hakim MA bisa jadi merupakan upaya untuk mengaktualisasikan hukum kewarisan Islam di tengah masyarakat Indonesia yang majemuk. Dalam beberapa keluarga, perbedaan agama tidak menghalangi hubungan yang harmonis, dengan orang tua yang mengumpulkan harta dan menginginkan semua anak-anaknya, baik yang Muslim maupun non-Muslim, mewarisi harta tersebut tanpa masalah. Dalam konteks ini, putusan MA bisa dianggap sebagai cara untuk menjaga jati diri hukum Islam sebagai rahmat bagi seluruh alam (*rahmah li al-'ālamīn*). Menegakkan normativitas hukum Islam tanpa memperhatikan dinamika sosial dan hukum yang hidup di masyarakat bisa menyebabkan hukum Islam kehilangan relevansinya, karena tidak mampu menjawab kebutuhan masyarakat yang terus berkembang. Putusan ini menunjukkan bahwa MA berusaha menyeimbangkan antara prinsip-prinsip hukum Islam dan realitas sosial, terutama dalam masyarakat yang beragam seperti Indonesia.²⁹

²⁸ Menurut Sudikno Merto Kusumo, dalam menghadapi suatu perkara yang dihadapinya hakim akan bertindak sebagai berikut : (1) Dalam kasus yang hukumnya atau Undang-Undang nya sudah jelas tinggal menerapkan saja hukumnya. (2) Dalam kasus dimana hukumnya tidak atau belum jelas maka hakim akan menafsirkan hukum atau Undang-Undang melalui cara/metoda penafsiran yang lazim berlaku dalam ilmu hukum. (3) Dalam kasus yang belum ada Undang-Undang/hukum tertulis yang mengaturnya, maka hakim harus menemukan hukumnya dengan menggali dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, Sudikno Merto Kusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty, 2001), 33. Sedangkan menurut Baqir Manan, apabila suatu peristiwa hukum telah diatur secara jelas dalam suatu kaidah, hakim wajib menerapkan menerapkan kaidah hukum tersebut tanpa melakukan rekayasa. Dalam hal seperti ini hakim semata-mata bertindak sebagai corong undang-undang. Namun kenyataan menunjukkan bahwa hampir tidak ada suatu peristiwa hukum secara tepat terlukis dalam suatu kaidah undang-undang atau hukum. Agar suatu kaidah undang-undang atau hukum dapat diterapkan terhadap suatu peristiwa hukum, hakim harus melakukan rekayasa (*engeneering*) supaya peristiwa yang bersangkutan dapat diputuskan sebagaimana mestinya, sehingga hakim harus menemukan hukum. Dalam keadaan seperti ini hakim bertindak menerjemahkan atau memberikan makna (*rechsvinding*) agar suatu aturan hukum menjadi aktual sesuai dengan peristiwa hukum yang konkrit, Bagir Manan, *Menegakkan Hukum Suatu Pencarian*, (Jakarta: Asosiasi Advokad Indonesia, 2009), 168.

²⁹ Pemikiran MA dalam proses kasasi sangat terkait dengan fungsi penegakan keadilan. Tanggung jawab Mahkamah Agung adalah memastikan penafsiran hukum yang menghasilkan keadilan dalam setiap putusan. Saat menangani kasasi, MA mempertimbangkan aspek kontekstual dan tekstual, sehingga dimensi normatif dan sosiologis hukum dapat lebih dipahami, dan keadilan dapat terwujud bagi semua pihak yang bersengketa. MA berperan sebagai penilai hukum (*judex juris*) di tingkat kasasi, bukan sebagai penilai fakta (*judex factie*). Mereka tidak hanya memutus perkara berdasarkan undang-undang, tetapi juga mempertimbangkan rasa keadilan. Terkadang penerapan undang-undang sejalan dengan keadilan, namun ada kalanya undang-undang tidak cukup memenuhi rasa keadilan. Dalam situasi seperti itu, MA, melalui penemuan dan penciptaan hukum, berwenang menyimpangi aturan undang-undang guna menciptakan keadilan yang lebih

Dalam konteks menjaga keutuhan keluarga dan mengakomodasi kenyataan sosial yang ada, putusan MA tersebut patut dipertimbangkan dari sudut pandang kemaslahatan. Hal ini juga sejalan dengan tujuan hukum Islam, yaitu untuk mewujudkan kemaslahatan umat manusia, baik di dunia maupun di akhirat. Dengan demikian, meskipun ada kontroversi, putusan ini mungkin mencerminkan keinginan untuk memenuhi prinsip dasar Islam dalam mendukung kesejahteraan dan kebersamaan masyarakat.

Terhadap beberapa putusan MA dalam perkara kewarisan yang memberikan hak kepada ahli waris non Muslim melalui jalan wasiat wajibat tersebut telah diikuti oleh para hakim tingkat pertama dan banding (*yudex factie*)³⁰ ketika memberikan putusan terhadap perkara yang sama kasusnya, diantara putusan tersebut adalah sebagai berikut:

No.	Nomor Perkara	Pertimbangan Dalam Memberikan Wasiat Wajibah
1.	Putusan Pengadilan Agama Surabaya Nomor 3321/Pdt.G/2010/PA.Sby Tanggal 16 Agustus 2011	Dalam pertimbangannya Majelis Hakim memutuskan bahwa dua orang ahli waris non muslim mendapatkan bagian didasarkan pada kriteria wasiat wajibah, sesuai dengan pembagian yang telah ditentukan/disepakati ketika masih hidup, halmana sesuai dengan Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 368K/AG/1995 dan 51 K/AG/1999

baik, sesuai dengan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Edi Riadi, *Dinamika Putusan Mahkamah Agung RI Dalam Bidang Perdata Islam* (Jakarta: Gramata Publisng, 2011), 121.

³⁰ *Judex factie* adalah peradilan yang memeriksa perkara dengan menemukan fakta melalui pembuktian dari pihak penggugat dan tergugat, selanjutnya dari fakta-fakta tersebut ditarik kesimpulan fakta-fakta hukum yang disengketakan para pihak, dan tindakan hakim lebih lanjut mengadili berupa menerapkan hukum dan keadilan yang dituangkan dalam putusan. Sedangkan *judex juris* adalah peradilan yang memeriksa perkara dalam tingkat kasasi mengenai penerapan hukum, bukan mencari fakta-fakta kejadian melalui pembuktian dari pihak penggugat dan tergugat.

2.	Penetapan Pengadilan Agama Surabaya Nomor : 473/Pdt.P/2010/PA.Sby tanggal 16 Agustus 2010	Majelis Hakim menetapkan ahli waris non muslim yang tidak dapat menjadi ahli waris yang bersangkutan tetap berhak memperoleh harta warisan dari pewaris yang beragama Islam berdasarkan wasiat wajibah, bukan dalam kapasitas sebagai ahli waris tetapi dalam kapasitas sebagai penerima wasiat wajibah (secara serta merta walau tidak diwasiatkan), sesuai dengan Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung RI. Nomor : 368 K / AG / 1995 tanggal 16 Juli 1998 dan Yurisprudensi Mahkamah Agung RI. Nomor : 51 K/AG/1999 tanggal 29 September 1999.
3.	Putusan Pengadilan Agama Jakarta Selatan Nomor 2554/Pdt.G/2011/PA.JS Tanggal 12 September 2012	Majelis Hakim sependapat dengan Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam Yurisprudensi Nomor 368 K/AG/1995 tanggal 16 Juli 1998 dan Yurisprudensi Nomor 51 K/AG/1999 tanggal 29 Februari 1999 yang kemudian diambil alih sebagai pendapat majelis bahwa ahli waris yang tidak beragama Islam tidak dapat menjadi ahli waris, namun dapat diberikan bagian dari harta warisan tersebut melalui wasiat wajibah yang bagiannya tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sah.
4.	Putusan Pengadilan Agama	Dalam pertimbangannya Majelis Hakim

	<p>Kebonjahe Nomor 002/Pdt.G/2011/PA.Kbj Tanggal 21 Pebruari 2011</p>	<p>berpendapat meskipun Penggugat (yang non muslim) tidak berhak sebagai ahli waris, akan tetapi berdasarkan Yurisprudensi Mahkamah Agung RI Nomor : 51.K/AG/1999, Penggugat berhak mendapatkan bagian sebagai penerima wasiat wajibah atas harta warisan almarhum.</p>
5.	<p>Penetapan Pengadilan Agama Jakarta Utara Nomor : 84/Pdt.P/2012/PA.JU tanggal 11 September 2012</p>	<p>Dalam pertimbangnnya Majelis Hakim menyatakan, bahwa meskipun Pemohon II terhalang untuk mendapatkan harta warisan dari Pewaris, namun Pemohon II masih dapat menerima harta warisan dari Pewaris dengan jalan wasiat. Apabila Pewaris ketika masih hidupnya tidak ada memberikan wasiat, maka Pemohon II dapat menerima harta dengan jalan wasiat wajibah. Wasiat wajibah adalah wasiat yang pelaksanaannya tidak pengaruhi atau tidak bergantung kepada kemauan atau kehendak si yang meninggal dunia, melainkan didasarkan kepada Putusan Pengadilan Agama. Hal ini sejalan dengan Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung RI Nomor : 368. K/AG/1995, tanggal 16 Juli 1998 jo Nomor : 51.K/AG/1995, tanggal 29 September 1999.</p>
6.	<p>Putusan Pengadilan Tinggi</p>	<p>Majelis Hakim Pengadilan Tinggi</p>

Agama Bandung Nomor 168/Pdt.G/2012/ tanggal 19 Juli 2012	PTA.Bdg	Agama Bandung memutuskan sebagaimana Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 368 K/AG/1995 tanggal 10 Juli 1998 dan Nomor 51 K/AG/1999 tanggal 29 September 1999 yang dapat dipedomani bahwa kepada seseorang yang berdasarkan hubungan kekerabatan termasuk ahli waris, akan tetapi menurut Hukum Islam terhalang karena beda agama dapat diberikan bagian atas dasar wasiat wajibah.
--	---------	--

Fenomena di mana hakim pada tingkat bawah (*yudex factie*) mengikuti putusan Mahkamah Agung (MA) dalam menghadapi kasus yang serupa, hingga membentuk sebuah yurisprudensi,³¹ mencerminkan pentingnya peran MA dalam membimbing dan mengarahkan interpretasi hukum di Indonesia. Apabila hakim pada tingkat bawah secara konsisten mengacu pada keputusan MA dalam beberapa putusan terkait kasus serupa.

Yurisprudensi yang terbentuk melalui serangkaian putusan tersebut dapat membawa dampak positif pada keberlanjutan dan konsistensi dalam penerapan hukum di tingkat bawah. Terbentuknya panduan interpretatif dari MA memberikan pedoman yang jelas bagi hakim pada tingkat bawah dalam

³¹ Yurisprudensi berasal dari bahasa Latin "*iuris prudential*" yang berarti ilmu hukum. Sedangkan dalam bahasa Belanda dikenal dengan istilah "*jurisprudentie*" yang berarti hukum peradilan atau peradilan tetap. Istilah ini banyak digunakan pada negara-negara *common law* yang menganut mazhab *freie rechtsbewegung* dimana Hakim adalah pencipta dan bukan hanya sekedar corong Undang-Undang. Pada negara-negara *common law*, yurisprudensi adalah ilmu pengetahuan hukum positif dan hubungan-hubungannya dengan hukum lain. Namun, tidak demikian dengan negara-negara *statute law / civil law* yang banyak menganut mazhab *legisme* yang tidak mengakui hukum diluar Undang-Undang. Yurisprudensi diartikan sebagai berupa putusan-putusan hakim terdahulu yang telah berkekuatan hukum tetap dan diikuti oleh para hakim atau badan peradilan lain dalam memutus perkara atau kasus yang sama. Sedangkan di Indonesia, meski mendapatkan pengaruh hukum kolonial Belanda, dianut mazhab *rectsvinding* dimana hakim tetap harus berpegang pada Undang-Undang namun diberi ruang gerak untuk menyelaraskan Undang-Undang yang ada dengan tuntutan zaman, sehingga yurisprudensi masuk sebagai salah satu sumber hukum formal. Baca Puslitbang Hukum Dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil MA RI, *Kedudukan Dan Relevansi Yurisprudensi Untuk Mengurasi Disparitas Putusan Pengadilan, Laporan Penelitian* (Jakarta: Puslitbang Pendidikan Dan Pelatihan Hukum Dan Peradilan, 2010), 1.

menghadapi kasus serupa, mengurangi disparitas dalam putusan. Hal ini juga dapat mempercepat proses peradilan dan memberikan kepastian hukum kepada masyarakat.³²

Meskipun demikian, perlu diperhatikan bahwa yurisprudensi yang terbentuk seharusnya tetap mengakomodasi dinamika masyarakat dan perkembangan nilai-nilai keadilan. Keputusan MA sebagai sumber yurisprudensi harus senantiasa dapat bersifat adaptif terhadap perubahan sosial dan kebutuhan masyarakat. Dengan demikian, yurisprudensi yang muncul dengan mengikuti putusan MA oleh hakim pada tingkat bawah dapat menjadi instrumen penting dalam menjaga stabilitas dan fleksibilitas sistem hukum kewarisan Islam di Indonesia.

Yurisprudensi memegang peran sentral dalam pembaruan hukum Islam di Indonesia. Dalam tata hukum Indonesia, MA menjadi penentu utama dalam menciptakan yurisprudensi, yang kemudian menjadi panduan interpretatif bagi hukum Islam. Keputusan-keputusan pengadilan mencerminkan upaya untuk mengadaptasi hukum Islam dengan perkembangan masyarakat dan kebutuhan zaman. Yurisprudensi tidak hanya menjadi sumber hukum, tetapi juga merupakan alat untuk mengisi kekosongan normatif dalam hukum Islam yang tidak selalu secara rinci diatur dalam sumber hukum tertulis. Dengan demikian, melalui yurisprudensi, hukum Islam di Indonesia dapat terus berkembang sesuai dengan dinamika sosial dan keadilan.

Perbedaan mendasar antara sistem hukum Civil Law dan Common Law tercermin dalam peran yurisprudensi. Dalam sistem Civil Law, seperti yang

³² Ada beberapa alasan pentingnya Yurisprudensi, yaitu:

1. menciptakan standar hukum;
2. menciptakan kesatuan landasan hukum yang sama;
3. menciptakan kepastian hukum;
4. mencegah terjadinya disparitas putusan pengadilan;

Alasan lain pentingnya keberadaan yurisprudensi adalah bahwa yurisprudensi dapat menunjang pembaharuan serta pembinaan hukum. Meski sifat dari yurisprudensi dalam tata sumber hukum di Indonesia sendiri adalah "*Persuasive Precedent*" atau tidak mengikat hakim untuk menggunakan yurisprudensi untuk perkara serupa atau dapat dipersamakan atau diperbandingkan dengan isi yurisprudensi yang bersifat esensial dan yurisprudensi pada praktiknya dijadikan pedoman bagi hakim-hakim bawahan (*Judex Factie*). Baca Litbang Diklat Kumdil MA RI, *Kedudukan Dan Relevansi...*, 2.

diterapkan di Indonesia, hukum lebih banyak didasarkan pada perundang-undangan tertulis, dan yurisprudensi memiliki peran yang terbatas. Mahkamah Agung dan lembaga peradilan lainnya di sini lebih mengutamakan interpretasi dan aplikasi ketentuan-ketentuan hukum tertulis. Sebaliknya, dalam sistem Common Law, seperti yang dianut di negara-negara Anglo-Saxon, yurisprudensi memiliki peran kunci. Pengadilan berfokus pada preseden hukum yang telah dibentuk melalui keputusan-keputusan sebelumnya untuk menentukan hasil kasus saat ini. Ini memberikan fleksibilitas dan adaptabilitas yang tinggi dalam menghadapi perubahan sosial dan masyarakat. Dengan demikian, sementara keduanya memiliki yurisprudensi, peran dan fungsinya sangat berbeda antara Civil Law dan Common Law.

Dengan mencermati putusan-putusan tersebut, nampaknya hakim Pengadilan Agama dan Mahkamah Agung hanya memberikan hak berupa wasiat wajibah terhadap ahli waris nonmuslim. Artinya, ahli waris nonmuslim tetap menempati posisi orang yang terhalang (*mamnu'/mahrum*) untuk mewarisi dari pewaris muslim sebagaimana telah menjadi kesepakatan para ahli hukum Islam (*ijma*), dengan mempertimbangkan nilai dan norma hukum yang hidup (*living law*) dan berkembang dalam masyarakat Indonesia. Dengan demikian, pemberian hak wasiat wajibah kepada ahli waris nonmuslim dipandang sebagai jalan keluar yang bisa menjembatani antara ketentuan *ijbari* (*compulsory*) dengan norma hukum yang hidup (*living law*) di masyarakat Indonesia.

Dengan putusan tersebut, setidaknya ada dua fungsi yang diperankan oleh Mahkamah Agung.³³ Pertama, fungsi Mahkamah Agung sebagai *judge made law*, dalam hal ini Hakim Agung menciptakan hukum dengan memberi hak wasiat wajibah kepada ahli waris nonmuslim, fungsi ini diperankan oleh hakim, dalam hal ini Hakim Agung, terutama terhadap kasus-kasus yang sama sekali belum ada hukumnya. Dalam proses analisis dan penciptaan hukum atas kasus-kasus perkara yang belum ada aturan hukumnya tersebut, Hakim wajib menggali nilai-nilai hukum yang hidup dan dipelihara baik di tengah-tengah masyarakatnya antara

³³ Dede S. Ibin, *Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris nonmuslim*, Dalam *Mimbar Hukum*, No.63. Tahun 2004, XV, 92.

lain: nilai-nilai ajaran agama, nilai-nilai adat istiadat yang masih terpelihara dengan baik, budaya dan tingkat kecerdasan masyarakat, keadaan sosial dan ekonomi masyarakat, dan lain-lain. Kedua, fungsi sebagai pembaharu yang melakukan pembaruan terhadap hukum kewarisan Islam. Karena, selain hukum terapan di lingkungan Peradilan Agama yakni KHI tidak mencantumkan wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim, juga wacana dan pemahaman yang berkembang di kalangan masyarakat Muslim, khususnya praktisi Peradilan Agama, ahli waris nonmuslim tidak akan mendapatkan sesuatu apapun dari harta warisan pewaris muslim karena faktor *mawani al-irts*.³⁴

Pemikiran hukum kewarisan Islam di Indonesia, sebagaimana tercermin dalam yurisprudensi MA terkait hukum kewarisan Islam, tidak dapat dipisahkan dari pengaruh ketiga sistem hukum yang ada. Pengaruh-pengaruh tersebut tampak dalam hukum materiil seperti Kompilasi Hukum Islam (KHI), pemikiran para ahli hukum seperti Hazairin, serta ketetapan seperti fatwa MUI dan yurisprudensi itu sendiri.³⁵ Faktor-faktor ini telah membentuk pemahaman, penerapan, dan pelaksanaan hukum Islam di masyarakat, sebagaimana terlihat dalam yurisprudensi Mahkamah Agung. Dengan demikian, yurisprudensi Mahkamah Agung terkait pemberian bagian kepada ahli waris beda agama mencerminkan perkembangan positif bagi dinamika hukum Islam di Indonesia. Namun, tantangannya adalah bagaimana memahami dan menginterpretasikan dinamika hukum Islam di Indonesia dalam konteks yurisprudensi Mahkamah Agung dengan cara yang benar dan selaras dengan semangat ideal Islam dalam masyarakat Indonesia.

Dalam konteks saat ini, pemaknaan terhadap yurisprudensi menjadi penting untuk menghindari munculnya stigma negatif bahwa hukum adalah

³⁴ Dua Pengadilan Agama yang berbeda, yaitu Pengadilan Agama Jakarta Pusat dan Pengadilan Agama Yogyakarta mengadili perkara waris yang di antara ahli warisnya terdapat ahli waris nonmuslim. Kedua Pengadilan Agama tersebut telah menjatuhkan putusan yang sama, ahli waris nonmuslim tidak dapat mewarisi pewaris muslim. Putusan kedua Pengadilan Agama tersebut diperbaiki oleh Mahkamah Agung dengan memberikan hak wasiat wajibah kepada ahli waris nonmuslim.

³⁵ Puslitbang Hukum Dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil Mahkamah Agung RI, *Dinamika Hukum Kewarisan Islam Terkait Pembagian Harta Warisan Bagi Ahli Waris Beda Agama (Studi Analisis Putusan Peradilan Agama Di Indonesia, Laporan Penelitian* (Jakarta: Puslitbang Hukum Dan Peradilan Badan Litbang Diklat Kumdil Mahkamah Agung RI, 2016), 7.

doktrin yang kaku. Semangat pemaknaan yang terbuka dan moderat dalam setiap gerakan hukum, seperti yang tercermin dalam yurisprudensi, mencerminkan nilai-nilai universal Islam sebagai *rahmatan lil 'alamin* dan relevan untuk semua tempat dan waktu. Spirit pemaknaan ini juga tercermin dalam yurisprudensi-yurisprudensi Mahkamah Agung, yang berkaitan dengan relasi dan kesetaraan hak asasi manusia serta semangat progresifitas dalam hukum.

Namun, yang menarik adalah meskipun KHI sering dijadikan rujukan, pada situasi tertentu Mahkamah Agung kadang-kadang memilih sumber-sumber hukum Islam klasik untuk menyelesaikan persoalan terkait kesetaraan hak dan semangat kemajuan.³⁶ Hal ini menunjukkan bahwa hukum selalu berkembang dan bergerak menuju kesempurnaan. Dinamika yurisprudensi Mahkamah Agung terkait ahli waris beda agama adalah bagian dari sejarah yang harus dilihat sebagai sesuatu yang positif demi perkembangan hukum kewarisan Islam di Indonesia masa depan.

Dalam konteks modernitas, semangat perubahan dan pengakuan hak-hak non-Muslim menjadi fokus kajian sosiologi hukum kewarisan Islam. Salah satu isu utama yang perlu dikaji lebih lanjut adalah kesetaraan hak asasi manusia dalam konteks kewarisan. Tantangannya adalah bagaimana menyoroti pentingnya pemaknaan dan proses dinamika dalam yurisprudensi Mahkamah Agung RI.

Dalam penelitian tentang pembaruan hukum Islam di negara-negara Islam, J.N.D. Anderson³⁷ menyimpulkan bahwa secara umum kalau dikelompokkan ada dua model pembaruan yang diterapkan di beberapa negara Muslim, termasuk Indonesia, dalam upaya pembaruan hukum keluarga Islam. Pertama dengan menggunakan model *Intra Doctrinal Reform* dimana reformasi hukum keluarga Islam yang dilakukan dengan mengambil pendapat imam mazhab diluar mazhab yang dianut, atau dengan menggabungkan pendapat beberapa imam mazhab yang

³⁶ Litbang Diklat Kumdil Mahkamah Agung RI, *Dinamika Hukum Kewarisan...*, 7.

³⁷ J.N.D. Anderson, *Law Reform in the Muslim World* (London: University of London the Athlon Press, 1976), 42. dalam Hasbi Hasan, *Dinamika Yurisprudensi Mahkamah Agung Dalam Bidang Perdata Islam*, de Jure, Jurnal Syariah dan Hukum, Volume 3 Nomor 2, Desember 2011, 154-155.

dikenal dengan pendekatan *takhayyur* dan *talfiq*³⁸. Model kedua adalah *Ekstra Doctrinal Reform*, yang melakukan pembaruan dalam hukum keluarga dengan cara memberikan penafsiran yang baru sama sekali terhadap nash yang ada, yang disebut dengan *ijtihad*.³⁹ Lebih lanjut Anderson memberikan penjelasan yang terperinci dengan mengidentifikasi lima metode dalam pembaruan hukum Islam. *Pertama*, *Takhshîsh al-qadlâ (the procedural expedient)*, yaitu membatasi yurisdiksi hakim di pengadilan. *Kedua*, memilih pendapat ulama (*the eclectic expedient*), yang mencakup *takhayyur* (memilih salah satu pendapat ulama) dan *talfiq* (menggabungkan beberapa pendapat untuk membangun satu konsep). *Ketiga*, reinterpretasi (*the expedient of re-interpretation*), yakni melakukan penafsiran ulang terhadap nash (al-Qur'an dan sunnah Nabi Muhammad SAW). *Keempat*, *siyâsah syar'iyah (the expedient of administrative orders)*, berupa kebijakan administratif berdasarkan prinsip-prinsip syariah. *Kelima*, putusan hakim (*the expedient of reform by judicial decisions*), yaitu pembaruan melalui putusan pengadilan.⁴⁰

Noel J. Coulson⁴¹, mengklasifikasikan pembaruan hukum Islam ke dalam empat bentuk. Pertama, ada upaya untuk mengkodifikasi hukum Islam menjadi

³⁸ *Takhayyur* adalah memilih pandangan salah satu ulama fikih, termasuk ulama di luar mazhab, seperti pandangan Ibnu Taimîyah, Ibnu Qayyim al-Jauzîyah, dan lainnya. *Takhayyur* secara substansial dapat pula disebut *tarjih*. Sebab dengan memilih pandangan yang berbeda yang didasarkan pada pandangan yang lebih kuat atau pandangan yang lebih sesuai dan dibutuhkan, ternyata ada juga peneliti yang menyebut *takhayyur* dengan sebutan *tarjih*. Artinya, dasar memilih salah satu di antara pendapat adalah pendapat yang lebih lebih kuat (*râjih*), sedangkan *Talfiq* adalah adalah mengkombinasikan sejumlah pendapat ulama (dua atau lebih) dalam menetapkan hukum satu masalah hukum, Khoiruddin Nasution, *Metode Pembaruan Hukum Keluarga Islam Kontemporer*, UNISIA, Vol. XXX No. 66 Desember 2007, 344.

³⁹ Khoiruddin Nasution, *Hukum Perkawinan dan Warisan di Dunia Muslim Modern*, (Yogyakarta: Academia, 2012), h. 6

⁴⁰ Anderson menambahkan putusan hakim sebagai salah satu metode pembaruan hukum Islam karena putusan hakim di Pengadilan adalah sangat efektif dalam melakukan pembaruan hukum keluarga Islam. Namun, jika diteliti lebih mendalam, metode putusan hakim ini sebenarnya bukanlah metode pembaruan secara langsung, melainkan lebih merupakan media atau sarana untuk melahirkan pembaruan. Artinya, dalam memutuskan suatu perkara, hakim dapat menerapkan konsep pembaruan melalui pendekatan *takhayyur*, *talfiq*, atau reinterpretasi nash. Oleh karena itu, putusan hakim yang bersifat reformis sebaiknya tidak dianggap sebagai metode pembaruan, melainkan sebagai salah satu wadah di mana metode-metode tersebut diaplikasikan. Baca Khoiruddin Nasution, *Metode Pembaruan Hukum Keluarga Islam Kontemporer*, UNISIA, Vol. XXX No. 66 Desember 2007, 336.

⁴¹ Hasan, *Dinamika Yurisprudensi Mahkamah Agung...*, de Jure, Jurnal Syariah dan Hukum, Volume 3 Nomor 2, Desember 2011, 154. Lihat Ahmad Rofiq, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia*. (Yogyakarta: Gama Media, 2001), 130.

undang-undang negara, di mana beberapa hukum Islam diijtihadkan sebagai hukum negara yang mengikat warga dan memiliki sanksi. Ini dikenal sebagai prinsip *Siyâsah*. Kedua, muncul prinsip *Takhayyur*, yang memberikan kebebasan kepada umat Islam untuk memilih pendapat dari berbagai imam mazhab dan menerapkannya sesuai kemaslahatan masyarakat. Ketiga, ada usaha untuk merespons perkembangan hukum baru dengan mencari alternatif hukum berdasarkan prinsip-prinsip Islam yang fleksibel, yang disebut prinsip *Tathbiq*. Keempat, muncul usaha untuk memperbarui hukum lama agar sesuai dengan dinamika perkembangan masyarakat, dikenal sebagai konsep *Tajdîd* atau *Neo-Ijtihâd*. Coulson menegaskan bahwa pembaruan ini diperlukan agar hukum Islam tetap dinamis dan mampu menjawab tantangan-tantangan baru yang dihadapi oleh masyarakat Muslim di era modern.

Tahir Mahmood dalam bukunya *Personal Law*, sebagaimana yang dikutip oleh Khoirudin Nasution, menjelaskan bahwa metode yang digunakan dalam pembaruan hukum keluarga Islam kontemporer dapat dibagi menjadi dua kelompok. Pertama, metode tradisional yang meliputi *ijmâ'*, *qiyas*, dan *ijtihad*, baik secara individu maupun kolektif. Kedua, metode modern yang mencakup konsep *takhayyur* dan *talfiq*. Mahmood juga menyebutkan bahwa dalam upaya pembaruan hukum keluarga Islam, negara-negara Muslim memberikan perhatian yang setara pada pandangan para imam mazhab fikih, serta memanfaatkan konsep seperti *istihsan*, *mashlahah mursalah*, *siyâsah syar'iyah*, *istidlal* (rasionalitas ahli hukum), *tawdî'* (legislasi), dan *tadwîn* (kodifikasi).⁴² Lebih lanjut menurut Mahmood, salah satu aspek pembaruan yang dilakukan di negara-negara Muslim dalam hukum keluarga Islam adalah wasiat wajibah.⁴³

⁴² Nasution, *Metode Pembaruan Hukum...*, 335.

⁴³ Tahir Mahmood mengemukakan bahwa terdapat tiga belas aspek dalam hukum keluarga di dunia Islam yang mengalami pembaruan. Aspek-aspek tersebut meliputi: penetapan batas usia minimum untuk menikah, pembatasan peran wali dalam pernikahan, kewajiban pencatatan pernikahan, pertimbangan kemampuan ekonomi dalam pernikahan, pembatasan praktik poligami, tanggung jawab nafkah keluarga, pembatasan hak cerai bagi suami, pengaturan hak dan kewajiban para pihak setelah perceraian, masa kehamilan dan dampaknya, hak asuh oleh orang tua, hak waris, penerapan wasiat wajibah, serta pengelolaan wakaf. Lilik Andaryani, "Relasi Gender Dalam Pembaruan Hukum Keluarga Muslim," *Jurnal Diskursus Islam* Volume 2 Nomor 2 Agustus 2014, 246.

Sementara itu menurut analisis Abdullahi Ahmad an-Na'im, pembaruan hukum keluarga dan waris Islam di beberapa negara menggunakan beberapa teknik, seperti *takhayyur* dan *siyâsah* sebagaimana yang dijelaskan oleh Coulson. Namun, ia menambahkan tiga teknik lain. *Pertama, takhsîsh al-Qadha*, yaitu hak penguasa untuk mengesahkan keputusan pengadilan. Teknik ini digunakan untuk membatasi penerapan syari'ah pada kasus-kasus hukum perdata, serta mencegah penerapannya dalam situasi tertentu tanpa mengubah substansi aturan-aturan syari'ah yang terkait. *Kedua, reinterpretasi* atas aturan-aturan hukum yang berlaku, seperti di Hukum Status Personal Tunisia tahun 1956 yang menyatakan bahwa perceraian hanya sah dengan keputusan pengadilan. *Ketiga*, pembaruan dilakukan dengan cara yang mengikuti tradisi hukum adat, tanpa bertentangan dengan prinsip dan aturan syari'ah yang didasarkan pada al-Qur'an dan hadis, seperti yang terjadi di India.⁴⁴

Akhirnya secara garis besar dapat disimpulkan bahwasanya terdapat lima metode utama yang digunakan dalam pembaruan hukum Islam kontemporer, yaitu: (1) *takhayyur*, (2) *talfiq*, (3) *takhshîsh al-qadlâ*, (4) *siyâsah syar'iyah*, dan (5) *reinterpretasi* terhadap nash.⁴⁵

Sebagian besar negara-negara Islam telah melakukan pembaruan di bidang hukum perdata Islam. Pemikiran-pemikiran baru ini umumnya diwujudkan dalam bentuk undang-undang, sebagai salah satu bentuk literatur hukum Islam. Di Indonesia, pemikiran baru ini tercermin dalam fatwa-fatwa ulama dan putusan-putusan pengadilan, termasuk putusan Mahkamah Agung RI diantaranya adalah putusan tentang Hukum Keluarga Islam tentang kewarisan ahli waris non Muslim yang diberikan bagian melalui wasiat wajibah.

⁴⁴ Abdullah Ahmad An-Na'im, *Dekonstruksi Syari'ah*, terj. A. Suaedi dan Amiruddin, (Yogyakarta: LkiS, 1997), 74.

⁴⁵ Para ilmuwan yang meneliti topik ini sering menggunakan istilah yang berbeda dalam konteks tertentu. Sebagai contoh, beberapa ilmuwan/peneliti menggunakan istilah *metode prosedur administrasi* untuk merujuk pada *takhshâsh al-qadlâ* dan/atau *siyâsah syar'iyah*. Begitu pula, istilah *ijtihad* digunakan oleh sebagian ilmuwan, sementara yang lain menyebutnya sebagai *reinterpretasi* (penafsiran ulang). Selain itu, terdapat perbedaan pandangan dalam pengelompokan metode. Beberapa ilmuwan memisahkan antara *takhayyur* dan *talfiq*, tetapi ada pula yang menganggap keduanya sebagai satu kesatuan.

Berdasarkan paparan yang diuraikan di atas, pembaruan hukum kewarisan Islam yang diterapkan oleh Mahkamah Agung melalui beberapa putusannya serta dinamika yang menyertainya menjadi fokus yang menarik bagi penelitian lebih lanjut. Oleh karena itu, penulis tertarik untuk melakukan penelitian yang mendalam dan pengujian konsep tersebut. Penelitian ini akan difokuskan pada permasalahan konkrit, dengan judul "**Dinamika Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Tentang Wasiat Wajibah Ahli Waris Non Muslim Dan Peranannya Dalam Pembaruan Hukum Kewarisan Islam Di Indonesia**". Dengan demikian, penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi pada pemahaman lebih lanjut terkait dinamika yurisprudensi wasiat wajibah terhadap ahli waris non muslim serta peranannya dalam pembaruan Hukum Kewarisan Islam di Indonesia.

B. Identifikasi Masalah

Dari pemaparan latar belakang di atas, penulis mengidentifikasi masalah penelitian sebagai berikut:

1. Pluralisme agama di tengah masyarakat tidak dapat dihindari dari persoalan penegakkan hukum yang berkeadilan bagi semua warga negara Indonesia secara imparial.
2. Adanya Nash Hadits yang memberikan batasan atau larangan antara ahli waris muslim dengan non muslim tidak bisa saling mewarisi harta peninggalan.
3. Hakim memiliki peran dalam berijtihad, menggali dan menemukan hukum dan memutuskan perkara yang berada di tengah-tengah masyarakat untuk menjawab persoalan-persoalan yang ada, diluar ketentuan peraturan perundaang-undangan.
4. Terdapat beberapa putusan Mahkamah Agung RI yang memberikan bagian kepada ahli waris non muslim / berbeda agama melalui jalan wasiat wajibah.
5. Para hakim tingkat bawah (*yudex factie*) dalam beberapa putusan dan penetapan telah mengikuti putusan Mahkamah Agung RI yang

memberikan bagian kepada ahli waris yang berbeda agama melalui jalan wasiat wajibah sehingga menjadi sebuah yurisprudensi tetap.

6. Terdapat dinamika yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris bagi non Muslim dari tahun 1995 sampai dengan 2018 (selama 23 tahun).
7. Yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris bagi non Muslim mempunyai implikasi terhadap sistem hukum kewarisan Islam di Indonesia.
8. Yurisprudensi wasiat wajibah terhadap ahli waris non Muslim atau beda agama menjadi salah satu bentuk partisipasi kekuasaan yudikatif dalam proses pembentukan dan pembaruan hukum waris Islam Indonesia.

C. Rumusan Masalah

Berdasarkan identifikasi masalah tersebut, penulis merumuskan masalah penelitian disertasi ini sebagai berikut:

1. Bagaimana legal reasoning hakim dalam yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris non Muslim?
2. Bagaimana dinamika yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris bagi non Muslim?
3. Bagaimana implikasi yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris bagi non Muslim dalam sistem hukum kewarisan Islam di Indonesia?
4. Bagaimana peranan yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris bagi non Muslim dalam pembaruan hukum kewarisan Islam di Indonesia?

D. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah untuk menganalisis dan mendiskripsikan:

1. Legal reasoning hakim dalam yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris non Muslim.
2. Dinamika yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris bagi non Muslim.

3. Implikasi hukum yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris bagi non Muslim dalam sistem hukum kewarisan Islam di Indonesia.
4. Peranan yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris bagi non Muslim dalam pembaruan hukum kewarisan Islam di Indonesia.

E. Kegunaan Penelitian

1. Manfaat Teoritis

Secara teoritis, manfaat penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi akademik dalam kajian hukum kewarisan Islam di Indonesia khususnya tentang putusan-putusan Mahkamah Agung tentang penerapan wasiat wajibah bagi ahli waris non muslim dalam kerangka pembaruan hukum kewarisan Islam di Indonesia melalui Yurisprudensi.

2. Manfaat Praktis

Penelitian ini dapat memberikan pandangan tentang bagaimana pembaruan tersebut dapat diarahkan agar memberikan solusi yang sesuai dengan dinamika sosial, ekonomi, dan budaya yang terus berkembang, sehingga diharapkan dapat menjadi referensi bagi praktisi hukum, hakim, dan pihak-pihak terkait dalam menyikapi kasus-kasus kewarisan yang melibatkan ahli waris non-Muslim. Dengan memeriksa putusan-putusan Mahkamah Agung, dan putusan-putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama sebagai yurisprudensi, penelitian ini dapat membantu dalam mengevaluasi sejauh mana pembaruan hukum kewarisan Islam di Indonesia merespon tantangan perubahan zaman di tengah pluralitas dan dinamika masyarakat.

F. Definisi Operasional

Untuk mempermudah dan menghindari terjadinya perbedaan interpretasi dalam memahami pokok bahasan disertasi ini, maka disini ada beberapa istilah yang perlu didefinisikan secara operasional. Adapun istilah-istilah yang dimaksud adalah:

1. Dinamika

Kata dinamika berasal dari bahasa Yunani *dynamics* yang berarti kekuatan (force). Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI), dinamika merupakan gerak dari dalam, tenaga menggerakkan, ataupun semangat. Dinamika sendiri bisa diartikan sebagai gerak atau kekuatan yang dimiliki oleh sekumpulan orang yang dilakukan secara terus-menerus hingga mengakibatkan terjadinya perubahan tata hidup masyarakat yang bersangkutan. Sedangkan menurut istilah dinamika adalah suatu sistem ikatan yang saling berhubungan dan saling mempengaruhi antara unsur-unsur tersebut. Jika salah satu unsur sistem mengalami perubahan, maka akan membawa perubahan pula pada unsur-unsur lainnya.⁴⁶ Istilah dinamika biasa digunakan dalam berbagai macam bidang, mulai dari ekonomi, musik hingga sosial.

Dinamika yang dimaksudkan disini adalah mengenai dinamika yurisprudensi merujuk pada perkembangan atau perubahan interpretasi hukum yang dilakukan oleh pengadilan, khususnya oleh Mahkamah Agung RI (MA). Dalam konteks putusan MA, istilah dinamika merujuk pada perubahan atau perkembangan yang terjadi dalam penerapan hukum atau interpretasi undang-undang oleh MA dari waktu ke waktu yang dapat berevolusi sesuai dengan perubahan sosial, politik, ekonomi, atau kebutuhan hukum yang muncul di tengah masyarakat. Dinamika ini mencerminkan sifat hukum yang tidak statis dan menunjukkan adanya proses penyesuaian terus-menerus dalam menjawab tantangan perkembangan masyarakat dan konteks hukum.

2. Wasiat Wajibah

Istilah wasiat wajibah boleh dikatakan salah satu istilah kontemporer di dunia Islam. Dalam kitab-kitab klasik selama ini hanya ditemui istilah wasiat, tidak ditemukan istilah wasiat wajibah. Tetapi substansinya secara umum sudah dibahas para ulama terdahulu. Dewasa ini istilah wasiat wajibah sudah populer di berbagai belahan dunia Islam, bahkan sudah menjadi hukum positif di negara-negara Islam, tidak terkecuali di Indonesia.

⁴⁶ Baderel Munir, *Dinamika Kelompok: Penerapannya dalam Laboratorium Ilmu Perilaku*, (Palembang: Universitas Sriwijaya, 2001), 16.

Ensiklopedi Hukum Islam memberikan definisi wasiat wajibah adalah suatu wasiat yang diperuntukkan kepada para ahli waris atau kerabat yang tidak memperoleh bagian harta warisan dari orang yang wafat, karena adanya suatu halangan *syara*⁴⁷ Hasby Ash Shiddieqy⁴⁸ menjelaskan bahwa wasiat wajibah adalah wajib bagi kerabat-kerabat yang terhalang menerima harta pusaka. Selanjutnya beliau mengutip dari *Al-Jashash* dalam kitab *Ahkamul Qur'an*, menjelaskan bahwa Surat Al-Baqarah (2) : 180 terang menunjuk kepada wajibnya wasiat bagi keluarga yang tidak mendapat pusaka. Perkataan "*kutiba*" dalam ayat itu bermakna "*furida*" (*difardlukan*) dan perkataan *bi alma'ruf haqqan 'ala al-muttaqin*, adalah suatu lafadz yang sangat kuat menunjuk kepada wajibnya wasiat, sehingga menurut beliau *ma'ruf* sebagai suatu hak (kewajiban) atas segala orang yang bertaqwa. Dan Allah SWT menjadikan pelaksanaan wasiat ini salah satu dari syarat taqwa menunjukkan kepada kewajiban wasiat itu.⁴⁹ Menurut Fatchur Rahman,⁵⁰ disebut wasiat wajibah karena dua hal, *pertama* hilangnya unsur ikhtiar bagi si pemberi wasiat dan munculnya unsur kewajiban melalui pandangan atau surat keputusan tanpa tergantung kerelaan orang yang berwasiat dan persetujuan si penerima wasiat. *Kedua* ada kemiripannya dengan ketentuan pembagian harta pusaka dalam hal penerimaan laki-laki dua kali lipat bagian perempuan.

3. Non Muslim

Non-Muslim adalah istilah yang digunakan untuk merujuk kepada individu atau kelompok yang tidak mengikuti agama Islam. Dengan kata lain, non-Muslim adalah orang atau komunitas yang tidak memeluk Islam sebagai agama mereka. Istilah ini bersifat deskriptif dan netral, dan tidak mengandung penilaian positif atau negatif terhadap kepercayaan atau keyakinan seseorang.

Dalam konteks masyarakat yang multikultural dan multireligius, istilah non-Muslim digunakan untuk membedakan antara mereka yang mengikuti Islam dengan mereka yang memiliki keyakinan agama atau spiritualitas yang berbeda.

⁴⁷ Abdul Aziz Dahlan (ed), *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: PT. Ichtiar Baru van Hoeve, 1996), 1930.

⁴⁸ TM. Hasbi Ash-Shiddiqy, *Fiqh Mawaris*, (Semarang: PT. Pustaka Rizki Putra, 1999), 274.

⁴⁹ TM. Hasbi Ash-Shiddiqy, *Fiqh...*, 274.

⁵⁰ Fatchur Rahman, *Ilmu Waris*, (Bandung: al-Ma'arif, 1981), cet. ke-2, 65.

Penting untuk diingat bahwa penggunaan istilah ini harus dilakukan dengan penuh penghormatan terhadap keberagaman keyakinan dan untuk mendorong dialog antaragama yang saling menghormati.

4. Pembaruan Hukum

Pembaharuan hukum merujuk pada proses atau usaha untuk memperbarui, memperbaiki, atau mengubah sistem hukum yang ada agar sesuai dengan perkembangan masyarakat, kebutuhan zaman, atau nilai-nilai yang dianggap penting dalam suatu masyarakat. Ini bisa melibatkan penyusunan undang-undang baru, revisi undang-undang yang sudah ada, atau bahkan pembentukan kebijakan baru yang memengaruhi sistem hukum.

Pembaharuan hukum sering kali dipandang sebagai suatu kebutuhan untuk menjaga relevansi dan efektivitas hukum dalam menghadapi perubahan sosial, ekonomi, politik, dan teknologi. Tujuan utamanya adalah untuk memastikan bahwa hukum dapat memberikan perlindungan, keadilan, dan ketertiban dalam masyarakat.

Beberapa contoh pembaharuan hukum meliputi pengenalan undang-undang baru untuk melindungi hak-hak individu yang sebelumnya terabaikan, merevisi undang-undang yang sudah ada untuk mengakomodasi perkembangan teknologi baru, atau bahkan merombak seluruh sistem hukum untuk memperbaiki kelemahan atau ketidakadilan yang teridentifikasi.

5. Yurisprudensi

Yurisprudensi jika ditinjau dari segi terminologi berasal dari kata “jurisprudentia” dalam bahasa Latin, yang memiliki makna pengetahuan tentang hukum. Di Indonesia istilah yurisprudensi memiliki makna yang sama dengan kata “jurisprudentie” dalam bahasa Belanda dan “jurisprudence” dalam bahasa Perancis, yakni merujuk pada hukum peradilan atau keputusan pengadilan.

Terdapat perbedaan pengertian yurisprudensi pada negara yang menganut sistem hukum kodifikasi (*Civil Law*) atau Eropa Kontinental seperti Indonesia, dengan negara yang menganut Sistem *Common Law* / *Anglo Saxon* / *Case law* seperti di Negara Inggris, Amerika Serikat, dan lainnya. Yurisprudensi di negara-negara yang sistem hukumnya *Common Law* seperti di Inggris atau Amerika

Serikat, mempunyai pengertian yang lebih luas yang berarti ilmu hukum. Yurisprudensi yang kita maksudkan sebagai putusan pengadilan, di negara-negara *Anglo Saxon* disebut *precedent*,⁵¹ yang bersifat mengikat (*binding*). Sedangkan yurisprudensi di negara-negara Eropa kontinental yang menganut sistem hukum kodifikasi (*civil law*) maka yurisprudensi hanya diartikan sebatas putusan pengadilan, yang bersifat tidak mengikat (*non binding*) atau mengikat secara *persuasif*.⁵²

Yurisprudensi yang dimaksudkan dalam penelitian disini adalah model yurisprudensi pada negara-negara Eropa kontinental yang menganut sistem hukum kodifikasi (*civil law*) berupa putusan hakim yang selalu diikuti oleh hakim lain dalam perkara yang sejenis berlangsung secara terus menerus yang disebut dengan yurisprudensi tetap (*vaste jurisprudentie*).

G. Penelitian Terdahulu yang Relevan

Terdapat beberapa hasil penelitian yang berhubungan dengan tema analisis terhadap putusan hakim Mahkamah Agung RI terkait penyelesaian wasiat wajibah terhadap ahli waris non Muslim, diantaranya sebagai berikut :

1. Sidik Tono, dengan judul “Wasiat Wajibah Sebagai Alternatif Mengakomodasi Bagian Ahli Waris Nonmuslim Di Indonesia”.

Hasil penelitiannya yaitu: Pertama, kedudukan hukum wasiat Islam dalam KHI telah menunjukkan adanya *law and rule* dalam prakteknya pada sistem peradilan agama di Indonesia, sedangkan posisi ahli waris non-muslim terhalang sebagai ahli waris, karena itu penyelesaian wasiat wasiat Wajibah sebesar bagian ahli waris dengan tidak melebihi sepertiga bagian. *Kedua*, ahli waris non-muslim dapat menerima wasiat berdasarkan Wasiat Wajibah, berdasarkan Surat Al-Baqarah (2): 180, sebab terminologi ayat tersebut bersifat umum, apakah mencakup ahli waris yang tidak dapat mewarisi karena sebab, seperti ahli waris non-muslim, atau yang lain. Dan juga berdasarkan empat tempat kata wasiat dalam Surat An-Nisa' (4): 11 dan

⁵¹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum, Suatu kajian Filosofis dan Sosiologis*, Jakarta, Gunung Agung, cetakan II, 125.

⁵² Lie Oen Hock, *Jurisprudensi Sebagai Sumber Hukum*, Pidato Pengukuhan Guru Besar Universitas Indonesia pada tanggal 19 September 1959, 24.

An-Nisa' (4): 12, serta berdasarkan Al-Qur'an Surat Al-Maidah (5): 106. yang memberikan petunjuk perlunya saksi yang adil dalam berwasiat, dan apabila tidak ditemukan saksi yang adil, maka ahli waris boleh mengganti saksi yang adil meskipun berlainan agama. Hal ini mengisyaratkan adanya kebolehan berwasiat kepada ibu-bapak dan karib kerabat non-muslim. Dan *Ketiga*, Wasiat Wajibah pelaksanaannya berdasarkan putusan hakim atau undang-undang, sehingga tidak tergantung kepada kemauan atau kehendak orang yang meninggal. Mahkamah Agung melalui putusan nomor: 368 WAG11995 tanggal 16 Juli 1995 dan nomor: 51 WAG11999 tanggal 29 September 1999 telah memberikan hak Wasiat Wajibah kepada ahli waris nonmuslim dari pewaris muslim. Putusan itu hanya mengikat para pihak, tidak mengikat seluruh warga negara Indonesia, hanya berbentuk yurisprudensi. Karena itu, agar putusan itu efektif perlu dibuat undang-undang tentang kewarisan nasional.⁵³

2. Riyanta, dengan judul "Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Beda Agama (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor 51K/AG/1999)". Hasil penelitiannya yaitu: Bahwa Mahkamah Agung memandang, perlunya memberikan warisan wasiat wajibah kepada ahli waris non-muslim. Hal tersebut merupakan ijthad murni Mahkamah Agung dengan mengadopsi pendapat Ibnu Hazm yang didasarkan pada Surat an-Nisaa (4): 11, al-Baqarah (2):180 dan hadist *lā wasiyyata li wārisīn*. Alasan pemberian wasiat wajibah, menurut Mahkamah Agung adalah karena ahli waris non-muslim adalah orang yang memiliki hubungan darah dengan pewaris, dan di antara mereka terkadang terjadi hubungan harmonis tanpa mempersoalkan agama. Namun kendati demikian, penerapan wasiat wajibah lebih bersifat kasuistik. Menurut peneliti penerapan wasiat wajibah bagi ahli waris non-muslim sangat relevan bagi pembaruan hukum kewarisan Islam Indonesia.⁵⁴

⁵³ Sidik Tono, *Wasiat Wajibah Sebagai Alternatif Mengakomodasi Bagian Ahli Waris Nonmuslim Di Indonesia*. Disertasi Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta, 2013.

⁵⁴ Riyanta, *Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Beda Agama (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor 51K/AG/1999)*, Disertasi, Pasca Sarjana Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2014

3. Erlan Naofal, dengan Judul “Wasiat Wajibat menurut Ibn Hazm dan Relevansinya Dengan Pembaruan Hukum Islam di Indonesia”.

Hasil penelitiannya yaitu: *Pertama*, wasiat wajibah menurut Ibn Hazm adalah wasiat yang diberikan kepada kerabat si mayit yang tidak mendapatkan bagian dari harta peninggalan, baik karena perbedaan agama, perbudakan maupun karena terhalang oleh ahli waris lainnya., meskipun secara hakiki si mayit tidak berwasiat. *Kedua*, wasiat semacam ini sifatnya *diniy* dan *qadhâ*. *Ketiga*, Pendapat Ibn Hazm tentang wasiat wajibah ini didasarkan kepada dua landasan utama, yaitu al-Qur'an, al-Sunnah dan fatwa tabi'in. dan *Keempat*, pendapat Ibn Hazm tentang wasiat memiliki relevansi substantif (*on-topic*) dengan wasiat wajibah di Indonesia yaitu, pada tiga hal. (1). Adanya kewajiban untuk mengeluarkan sebagian harta peninggalan si mayit atas nama wasiat yang diberikan kepada orang yang memiliki kedekatan hubungan nasab, maupun psikologis dengan si mayit, namun tidak termasuk ahli waris. Hal tersebut dilakukan, meskipun si mayit tidak melakukan wasiat secara hakiki. (2). Kewajiban untuk mengeluarkan harta peninggalan si mayit atas nama wasiat tersebut sifatnya *diniy* dan *qadhâ*. (3). Ahli waris non muslim mendapatkan bagian dari harta peninggalan si mayit yang muslim atas nama wasiat wajibah.⁵⁵

4. Haridi, dengan Judul “Pemikiran Hakim Dalam Perkara Pewarisan Beda Agama (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung)”.

Hasil penelitiannya adalah: Hakim Mahkamah Agung memutuskan perkara waris beda agama dengan cara menjadikannya sebagai wasiat wajibah dengan pendekatan filosofis, bahwa wasiat wajibah dapat diberikan kepada selain ahli waris dengan tidak melebihi dari sepertiga, hal ini dilakukan demi kemaslahatan sehingga tidak diqiyaskan pada waris, namun kepada infaq, secara sosial bahwa seorang ahli waris non Muslim mendapatkan wasiat wajibah dikarenakan ada hubungan dekat dengan orang yang meninggal, meskipun hal ini bertentangan dengan hukum normatif dan hukum positif di

⁵⁵ Erlan Naofal, *Wasiat Wajibat menurut Ibn Hazm dan Relevansinya dengan pembaruan Hukum Islam di Indonesia*. Disertasi, Program Pasca Sarjana Universitas Islam Negeri Sultan Syarif Kasim Riau, 2017.

Indonesia, yang melarang adanya hak waris bagi non Muslim. Putusan Hakim Mahkamah Agung tentang kebolehan non Muslim melalui pintu wasiat wajibah, merupakan bentuk sikap progresif, inovatif dan responsif seorang hakim dan telah menjadi yurisprudensi bagi para hakim di lingkungan Pengadilan Agama. Namun demikian Penerapan Wasiat Wajibah ini tidak bisa diterapkan secara umum dan menyeluruh karena harus dicermati bagaimana posisi kasus dan modusnya.⁵⁶

5. Mohammad Yasir Fauzi, dengan judul “Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Dalam Perspektif Hukum Islam Dan Hukum Positif Serta Kontribusinya Terhadap Hukum Keluarga Di Indonesia”.

Hasil penelitiannya yaitu: Yurisprudensinya Mahkamah Agung nomor 368 K/AG/1995 telah melakukan pembaharuan hukum waris bagi non Muslim menuju pengakuan bahwa ahli waris non muslim juga dianggap sebagai ahli waris dari pewaris muslim. Dengan kata lain Mahkamah Agung telah memberikan status ahli waris bagi ahli waris non muslim dan memberikan bagian harta yang setara dengan ahli waris muslim. Kaidah hukum yang diterapkan apa yang dianut Majelis Hakim Pengadilan Agama Jakarta pusat dalam memeriksa, mengadili, dan menyelesaikan perkara Nomor Register: 377/Pdt.G/1993/PA.JP. mengacu kepada KHI pasal 171, pasal 1 dan 2 jo Pasal 49 UU No 7 Tahun 1989, serta dalil al Qur'an surat an-nisa, 4:141, HR. Al-Bukhori dan Muslim, sehingga personal keislaman ditentukan oleh pewaris dan mengabaikan wasiat yang tidak dapat dibuktikan sedangkan mahkamah agung dengan register perkara asasi no:368 K/AG/1995 dalam mengambil keputusan dengan memberikan hak ahli waris non kusus yaitu menetapkan hukum Islam kontemporer, memakai kaidah hukum apabila orang tua beragama berbeda dengan anak maka dianggap meninggalkan wasiat yang disebut wasiat wajibah. Dan mengambil keputusan dengan memberikan hak ahli waris non Muslim berdasarkan wasiat wajibah dengan mengacu pada pendapat sebagian ulama seperti Ibnu Hazm, Al-

⁵⁶ Haridi, *Pemikiran Hakim Dalam Perkara Pewarisan Beda Agama (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung)*. Disertasi, Program Doktor Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung, 2019.

Thabari dan Muhammad Rasyid Ridho, yang berpendapat bahwa ahli waris non Muslim akan mendapatkan harta warisan pewaris muslim melalui wasiat waibah.⁵⁷

6. Siti Ropiah, dengan judul “Rekonstruksi Kewarisan Beda Agama Melalui Wasiat Wajibah (Studi Putusan MA RI Nomor 16.K/AG/2010 Tentang Waris Istri Beda Agama)”.

Hasil penelitiannya yaitu: Rekonstruksi kewarisan dalam konteks beda agama melalui wasiat wajibah merupakan proses yang melibatkan pemahaman mendalam terhadap prinsip-prinsip hukum waris yang diatur dalam Islam. Dalam menghadapi perbedaan agama antara suami dan istri, langkah awal yang penting adalah memahami dengan seksama ketentuan-ketentuan hukum Islam terkait pembagian harta waris. Penentuan pewaris dan ahli waris menjadi krusial, dengan memperhatikan aspek keterlibatan anak-anak dari pernikahan yang berbeda agama. Bagian wajib dan bagian mungkin disedekahkan perlu diidentifikasi secara jelas, dengan mempertimbangkan kepentingan semua pihak terlibat. Konsultasi dengan ahli hukum Islam atau notaris menjadi langkah krusial untuk memastikan bahwa wasiat wajibah sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku dan mengakomodasi keadilan bagi semua pihak. Langkah terakhir mencakup pencatatan resmi dan pelaksanaan wasiat, dengan memastikan bahwa semua formalitas hukum dipenuhi agar pelaksanaan warisan dapat berjalan sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku. Dengan demikian, rekonstruksi kewarisan beda agama melalui wasiat wajibah memerlukan perencanaan matang, kerjasama dengan ahli hukum, dan pemahaman mendalam terhadap prinsip-prinsip hukum Islam.⁵⁸

⁵⁷ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Dalam Perspektif Hukum Islam Dan Hukum Positif Serta Kontribusinya Terhadap Hukum Keluarga Di Indonesia*. Disertasi, Program Studi Hukum Keluarga Program Doktor (S3) Program Pascasarjana Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung, 2020.

⁵⁸ Siti Ropiah, *Rekonstruksi Kewarisan Beda Agama Melalui Wasiat Wajibah (Studi Putusan MA RI Nomor 16.K/AG/2010 Tentang Waris Istri Beda Agama)*, Disertasi. Pasca Sarjana Universitas Islam Negeri Sunan Gunung Djati Bandung, 2021.

7. Endang Ali Ma'sum, dengan judul "Diskresi Hakim Dalam Pembaharuan Hukum Kewarisan Islam Di Indonesia (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung Dalam Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim)".

Hasil penelitiannya yaitu: Dari tiga putusan Mahkamah Agung yang penulis teliti, semuanya memberikan bagian harta warisan kepada ahli waris non-Muslim bukan dalam bentuk bagian harta waris yang diberikan kepada ahli waris non-Muslim, tetapi dalam bentuk wasiat wajibah. Temuan penting dari penelitian ini yaitu pertimbangan Majelis Hakim Mahkamah Agung yang menyatakan bahwa ahli waris non-Muslim menerima bagian dari harta waris melalui instrumen wasiat wajibah dengan pertimbangan rasa keadilan dan pertimbangan berdasarkan hubungan yang baik antara pewaris dan ahli waris yang non-muslim. Temuan lain yaitu bahwa penggunaan instrumen wasiat wajibah tidak bisa lepas dari hukum secara inconcreto, artinya pemberian wasiat wajibah kepada ahli waris non-Muslim adalah kasuistik. Temuan ketiga dari penelitian ini menyimpulkan bahwa Mahkamah Agung melalui putusannya memiliki ruang yang luas sebagai pembaru dalam hukum keluarga Islam khususnya. Adapun implikasi dan sekaligus pendapat penulis dari hasil penelitian ini, bahwa hakim pada tingkat pertama mempunyai rujukan hukum tentang kedudukan hukum ahli waris non-muslim berupa yurisprudensi dari Mahkamah Agung dengan tetap mempertimbangkan hukum inconcreto (kasuistik).⁵⁹

8. Muhammad Baihaqi, dengan judul "Wasiat Wajibah Pada Kasus Kewarisan Beda Agama (Studi Putusan Mahkamah Agung Nomor: 16K/AG/2010 Perspektif Maqasid asy Syari'ah)."

Hasil penelitiannya, yaitu: Menurut Pengadilan Agama (PA) Makassar dan Pengadilan Tinggi Agama (PTA) Makassar, "ahli waris yang berbeda keyakinan dengan pewaris adalah terhalang untuk menjadi ahli waris." seperti yang telah dijelaskan dalam KHI Pasal 171 huruf (c). Disamping ketentuan

⁵⁹ Endang Ali Ma'sum, *Diskresi Hakim Dalam Pembaharuan Hukum Kewarisan Islam Di Indonesia (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung Dalam Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim)*. Disertasi, Program Doktor Hukum Keluarga Pascasarjana Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung, 2021.

yang ada pada KHI menurut PA Makassar dan PTA Makassar ketentuan adanya halangan saling mewarisi antara pewaris dan ahli waris yang berbeda Agama adalah hadis Nabi SAW. yang diriwayatkan oleh „Usāmah bin Zaidra. yang artinya” *tidak mewarisi orang Islam kepada orang kafir dan orang kafir tidak akan mewarisi kepada orang Islam*”, begitu juga pendapat mayoritas ulama” bahwa tidak ada saling mewarisi antara kedua orang yang berlainan Agama. Berdasarkan pertimbangan ini PA Makassar dan PTA Makassar menetapkan untuk tidak memberikan hak waris maupun harta peninggalan melalui wasiat wajibah kepada ahli waris beda agama. Sedangkan Majelis Hakim pada MA berpendapat bahwa, ahli waris yang berbeda agama dengan pewaris, dapat memperoleh pusaka melalui jalan wasiat wajibah. Landasan Hukum MA tersebut berpijak pada pendapat para ulama” yang berpendapat bahwa ketentuan wasiat wajibah boleh diberikan kepada para ahli waris atau kerabat yang terhalang menerima harta warisan.⁶⁰

9. Mulyadi, dengan judul “Analisis Pemikiran Abdullah Ahmad An-Na’im Tentang Kewarisan Beda Agama Dan Relevansinya Dengan Hukum Kewarisan Di Indonesia.”

Hasil penelitiannya yaitu: Konsepsi kafir yang disebutkan sebagai penyebab penghalangnya hak waris semestinya dihapus karena penghalang atas nama kafir jelas diskriminasi terhadap ahli waris yang berbeda agama. Kafir dalam bahasa an-Na’im tidak seperti terminologi para ulama klasik yang terjebak pada terminologi yang tidak adil. An-Na’im menawarkan jalan keluar yang Islami dengan cara mereformulasikan dan memperbaharui prinsip-prinsip syariah, yakni dengan mencari ayat yang satu dengan ayat yang lain. Menurutnya, dalam pendirian syariah haruslah memiliki prinsip dasar epistemologi yang jelas. An-Na’im menawarkan konsep nasakh terbalik yang pernah dicanangkan oleh gurunya. Esensi pendekatan ini adalah membalik proses nasakh itu sendiri. Jika selama ini ayat Madaniyyah menasakhkan (menghapus) ayat Makkiyah, maka an-Naim mengusulkan agar ayat

⁶⁰ Muhammad Baihaqi, *Wasiat Wajibah Pada Kasus Kewarisan Beda Agama (Studi Putusan Mahkamah Agung Nomor: 16K/AG/2010 Perspektif Maqasid asy Syari’ah)*. Disertasi, Pasca Sarjana Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2017.

Makkiyah yang menasakhkan (menghapus hukum) ayat Madaniyyah. Indonesia adalah Negara nasionalis, bukan negara Islam. Muslim Indonesia mayoritas adalah penganut mazhab Syafi'i dalam fikih. Mazhab-mazhab yang dipahami adalah mazhab yang diproduksi oleh ulama klasik. Pemikiran an-Na'im yang menyatakan bahwasanya kewarisan beda agama dalam Islam adalah bentuk diskriminasi atas dasar agama tidak berlaku di Indonesia dan tidak bisa diterapkan oleh masyarakat Indonesia yang memiliki kemajemukan dalam sistem keagamaannya.⁶¹

10. Rahmad Setyawan, dengan judul “Penerapan Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim Perspektif Masalah Mursalah (Studi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1995-2010).”

Hasil penelitiannya yaitu: Mahkamah Agung dalam menyelesaikan kontroversi kewarisan karena beda agama tidak hanya terpaku pada makna literatur-literatur teks hukum. Mahkamah Agung telah menemukan penemuan hukum dengan menggunakan metode metode istinbath hukum. Memberikan wasiat wajib hukumnya bagi ahli waris non muslim sebagai upaya untuk memperoleh kemaslahatan. Selain itu, berdasarkan asas umum teks hukum, terdapat lima unsur pokok yang harus diperoleh dan dipelihara, yaitu agama, jiwa keturunan, akal dan harta. Berdasarkan sudut pandang masalah mursalah, pemberian wasiat wajibah kepada Ahli Waris Non-Muslim berdasarkan putusan Mahkamah Agung tahun 1995-2010 dapat dikoreksi secara hukum, karena tidak ada dalil dalam Al-Qur'an dan Al-hadist yang mendukung atau menolak pemberian wasiat wajibah bagi ahli waris non-muslim.⁶²

11. Destri Budi Nugraheni, Haniah, dan Yulkarnain Harahab, yang berjudul “Pengaturan dan Implementasi Wasiat Wajibah di Indonesia”.

⁶¹ Mulyadi, *Analisis Pemikiran Abdullah Ahmad An-Na'im Tentang Kewarisan Beda Agama Dan Relevansinya Dengan Hukum Kewarisan Di Indonesia*, Disertasi Program Pascasarjana (PPs) Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung, 2019.

⁶² Rahmad Setyawan, *Penerapan Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim Perspektif Masalah Mursalah (Studi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1995-2010)*. Disertasi Pasca Sarjana Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2019.

Hasil penelitiannya, yaitu: Ketentuan wasiat wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam berlaku imperatif bagi hakim Pengadilan Agama yaitu terkait penerima wasiat. Orang tua angkat dan anak angkat berhak mendapatkan wasiat wajibah apabila belum menerima wasiat dari Pewaris. Kaidah umum wasiat berlaku dalam pelaksanaan wasiat wajibah, yaitu terkait harta wasiat dan hal-hal yang membatalkan wasiat. Namun, apabila menyangkut besarnya harta yang dapat diwasiatkan maka para hakim melakukan penemuan hukum dan menggunakan metode berijtihad *istihsan*, demi terwujudnya keadilan. Dasar pertimbangan hakim dalam memberikan warisan kepada ahli waris yang terhalang mewaris melalui pemberian wasiat wajibah adalah bahwa hakim dengan asas kebebasan yang dimilikinya, melakukan *rechtsvinding* (penemuan hukum). *Rechtsvinding* dalam masalah ini dilakukan dengan metode penafsiran historis, penafsiran sosiologis, dan *argumentum per analogium*.⁶³

12. Haniah Ilhami, dengan judul “Development of The Regulation Related to Obligatory Bequest (Wasiat Wajibah) in Indonesian Islamic Inheritance Law System”.

Hasil penelitiannya, yaitu: Firstly, the regulations of *wasiat wajibah* is expanded broadly, specifically in the provisions of legatee which are now may be given to to 5 (five) groups, adopted child and the adopting parents, Heirs that hindered by the religious differences, children born out of wedlock, children born in unregistered marriage, and stepchildren who have nurtured since his childhood. Secondly, The consideration of those development are the relation between Inheritance Law System with Marriage Law System, the relation between legal rights and legal responsibilities as the basis of inheritance, the development status of children that born out of wedlock through Constitutional Court Decision No. 46/PUU-VIII/2010, the application of *Qiyas* for determining the position of step children, and the consideration *wasiat wajibah* as a method to achieve the justice in Islamic

⁶³ Destri Budi Nugraheni, Haniah, dan Yulkarnain Harahap, *Pengaturan dan Implementasi Wasiat Wajibah di Indonesia*, Jurnal Mimbar Hukum, Vol. 22, Nomor 2, Juni 2010.

Inheritance Law. Thirdly, in court's decision, judges only give *wasiat wajibah* to children born out of wedlock.⁶⁴

13. Kamaruddin, dengan judul "Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim (Studi Kasus Perkara No.16k/Ag/2010)".

Hasil penelitiannya, yaitu: Dasar pertimbangan Mahkamah Agung memberikan wasiat wajibah terhadap ahli waris non muslim berdasarkan perkara No. 16K/AG/2010 adalah berdasarkan asas keadilan, dimana suami istri telah lama rukun dan damai dalam membina suatu keluarga; Relevansi wasiat wajibah terhadap realitas kontemporer adalah sangat relevan demi terciptanya kedamaian yang berorientasi kepada kemaslahatan, artinya dengan diberlakukan wasiat wajibah terhadap ahli waris non muslim akan memberi sedikit ruang dalam pemenuhan hak-haknya yang terhalang menurut hukum Islam dan KHI. Hal ini berarti bahwa seharusnya penemuan hukum oleh hakim lebih berorientasi pada keadilan dan nilai-nilai hukum dalam masyarakat, sehingga yurisprudensi Mahkamah Agung menjadi barometer pada pengadilan tingkat pertama dan banding dalam pemberian wasiat wajibah bagi ahli waris non muslim. Sehingga diharapkan kepada pemerintah segera membuat UU yang mengatur tentang wasiat wajibah yang lebih komprehensif sebagai kebutuhan dalam menjawab tuntutan perkembangan zaman terutama bagi ahli waris non Muslim.⁶⁵

14. Muhamad Isna Wahyudi, dengan judul "Penegakan Keadilan Dalam Kewarisan Beda Agama".

Hasil penelitiannya yaitu: Penelitian ini mengkaji lima penetapan dan dua putusan pengadilan agama dalam perkara waris beda agama dengan menggunakan pendekatan kasus. Perkara waris beda agama yang ditangani pengadilan agama dalam penelitian ini dibedakan dalam dua kasus. Pertama, perkara waris yang terdiri dari pewaris nonmuslim dengan ahli waris muslim,

⁶⁴ Haniah Ilhami, *Development of The Regulation Related to Obligatory Bequest (Wasiat Wajibah) in Indonesian Islamic Inheritance Law System*, Mimbar Hukum, Vol. 27, No. 3, Oktober 2015.

⁶⁵ Kamaruddin, *Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim (Studi Kasus Perkara No.16k/Ag/2010)*. Jurnal MIZANI Vol. 25, No. 2, Agustus 2015.

atau ahli waris muslim dan nonmuslim. Kedua, perkara waris yang terdiri dari pewaris muslim dengan ahli waris muslim dan nonmuslim. Pada kasus pertama, penegakan keadilan oleh pengadilan agama masih terbatas bagi ahli waris muslim, dan mengabaikan keadilan bagi ahli waris nonmuslim. Pertimbangan hukum hakim lebih mencerminkan bias keagamaan dan inkonsistensi dalam penggunaan logika hukum. Pada kasus kedua, pengadilan agama telah mampu menegakkan keadilan bagi semua, dengan memberikan bagian harta warisan kepada ahli waris nonmuslim melalui wasiat *wajibah* berdasarkan yurisprudensi. Hakim-hakim pengadilan agama menggunakan wasiat *wajibah* dalam perkara waris beda agama dari pada menyelidiki alasan hukum (*ratio legis*) hadis yang melarang waris beda agama.⁶⁶

15. Iin Mutmainnah, dengan judul "Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor: 368K/AG/1995)."

Hasil penelitiannya, yaitu: Melalui putusan Mahkamah Agung ini hakim memutuskan bahwa ahli waris beda agama mendapat hak melalui wasiat wajibah dengan pertimbangan maslahat. Meskipun tidak terdapat aturan mengenai wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama, hakim telah berhasil melakukan ijtihad dan melakukan penemuan hukum dengan menggali nilai-nilai hukum yang ada. Putusan ini memperlihatkan bahwa hakim benar-benar melaksanakan tugas sebagai pembuat hukum yang menerima, memeriksa, serta memutus perkara untuk keadilan sosial. Dengan demikian, dibutuhkan keberanian hakim untuk memutus perkara-perkara yang dianggap baru melalui pertimbangan yang mengutamakan kemaslahatan dengan tetap berdasar pada al-Qur'an dan hadis.⁶⁷

16. Dwi Andayani, Tetty Hariyati, dengan judul "Problematika Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Beda Agama Di Indonesia."

Hasil penelitiannya, yaitu: hakim agung dalam memutus perkara waris beda agama ini lebih mempertimbangkan aspek keadilan sosial dan kemaslahatannya.

⁶⁶ Muhamad Isna Wahyudi, *Penegakan Keadilan Dalam Kewarisan Beda Agama*, Jurnal Yudisial Volume. 8 Nomor. 3, 2015.

⁶⁷ Iin Mutmainnah, *Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor: 368K/AG/1995)*. Diktum: Jurnal Syariah dan Hukum Volume 17 Nomor 2 Desember 2019.

Walaupun hal ini sebenarnya bertentangan dengan sumber Hukum Islam baik dalam Al-Qur'an maupun Hadits. Ketentuan wajib wajibah merupakan sesuatu hal yang tidak diatur di dalam sistem hukum di Indonesia. Perkembangan wasiat wajibah saat ini tidak hanya ditujukan untuk anak angkat dan orangtua angkat saja namun sudah dipergunakan untuk ahli waris beda agama. Penempatan hukum wasiat wajibah oleh hakim ini sebenarnya sangat berhubungan dengan melihat beragam suku dan etnis serta agama di Indonesia. Cita-cita agar terwujudnya keadilan social dan demi kelancaran kelangsungan hidup ahli waris yang berbeda agama. Melalui adanya putusan Mahkamah Agung yang telah merealisasikan putusannya dengan penerapan wasiat wajibah dengan berlandaskan keadilan dan kemanusiaan.⁶⁸

17. Khotifatul Defi Nofitasari, dengan judul “Wasiat Wajibah Kepada Anak Angkat, Non Muslim Dan Anak Tiri (Formulasi Hukum Wasiat Wajibah Dalam Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam Di Indonesia Dan Perkembangannya)”

Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonesia memasukkan adanya wasiat wajibah bukan kepada cucu yang telah ditinggal mati orangtuanya dan terhijab oleh paman seperti halnya di negara-negara muslim lainnya. Wasiat wajibah yang diatur dalam pasal 209 ditujukan kepada anak angkat dan orangtua angkat. Perkembangan penerapan wasiat wajibah di Indonesia jauh berkembang melalui terobosan-terobosan hukum ijtihad hakim. Tidak hanya kepada anak dan orang tua angkat, wasiat wajibah di Indonesia juga diberikan kepada anak atau keluarga non muslim dengan adanya putusan tingkat kasasi yang menjadi rujukan. Dewasa ini, pembahasan lebih luas tentang objek pemberian wasiat wajibah di Indonesia kembali terjadi. Pembahasan tersebut berkenaan dengan adanya pemberian wasiat wajibah kepada anak tiri, walaupun hal tersebut masih menjadi pro dan kontra diantara para mujtahid dalam hal ini majelis hakim. Jenis penelitian ini adalah penelitian pustaka (library research) dengan metode analitis *deskriptif analitik*. Objek kajian

⁶⁸ Dwi Andayani. *Problematika Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Beda Agama Di Indonesia*. Cepalo: Jurnal Fakultas Hukum Universitas Lampung, Volume 4, Nomor 2, Juli-Desember 2020.

penelitian ini adalah Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam dan beberapa putusan wasiat wajibah kepada non muslim serta anak tiri. Penelitian ini menggunakan perspektif Normatif dan Sosiologis. Tujuan penelitian ini adalah untuk mengkaji lebih dalam formulasi hukum terhadap wasiat wajibah di Indonesia, baik pasal yang berlaku yaitu pasal 209 Kompilasi Hukum Islam, serta yurisprudensi wasiat wajibah dan perkembangan penerapannya.⁶⁹

18. Muhamad Isna Wahyudi, dengan judul “Melacak Illat Hukum Larangan Waris Beda Agama”.

Hasil penelitiannya yaitu: Dalam menerapkan hadis yang melarang waris beda agama harus dengan mempertimbangkan *'illat* hukum yang terkandung dalam hadis tersebut, sesuai dengan kaidah fikih “Hukum berlaku bersamaan dengan ada atau tidaknya *'illat* hukum tersebut (*al-hukmu yaduru ma'a 'illatihi wujudan wa 'adaman*).” Dalam konteks saat ini, khususnya di Indonesia yang penduduknya terdiri dari berbagai macam suku dan agama, ketika dalam sebuah keluarga terdapat anggota-anggota keluarga yang berbeda agama, namun tidak ada permusuhan, tidak ada pertentangan, tidak ada kejahatan yang terjadi antar anggota keluarga, dan mereka memiliki hubungan dekat dan harmonis, maka perbedaan agama tidak sepatutnya menjadi halangan untuk saling mewarisi. Dalam kondisi terdapat hubungan yang harmonis antara para anggota keluarga meski berbeda agama, menjadikan perbedaan agama sebagai penghalang untuk saling mewarisi, justru akan bertentangan dengan kemaslahatan, menimbulkan ketidakadilan dan dapat memicu konflik antar anggota keluarga. Hukum Islam akan terkesan diskriminatif dan eksklusif, yang hanya menegakkan keadilan bagi orang-orang Islam. Sementara, Al-Qur'an mengajarkan untuk menegakkan keadilan kepada semua orang, terlepas dari status maupun agama seseorang.⁷⁰

⁶⁹ Khotifatul Defi Nofitasari, *Wasiat Wajibah Kepada Anak Angkat, Non Muslim Dan Anak Tiri (Formulasi Hukum Wasiat Wajibah Dalam Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam Di Indonesia Dan Perkembangannya)*. e-Journal Al-Syakhshiyyah Journal of Law and Family Studies, Vol. 3 No. 2, 2021.

⁷⁰ Muhamad Isna Wahyudi, *Melacak Illat Hukum Larangan Waris Beda Agama*, Jurnal Hukum dan Peradilan Vol. 10, No. 1, 2021.

19. Herlina Nur Afida, dengan judul “Pemberian Wasiat Wajibah Pada Ahli Waris Non-Muslim Perspektif Hukum Progresif”.

Hasil penelitiannya, yaitu: Implementasi beberapa konsep hukum progresif yang selaras pada pemberian wasiat wajibah ahli waris non-muslim. Pertumbuhan pengaturan wasiat wajibah di Indonesia bisa dilihat dari Fatwa MUI tentang ahli waris beda agama atau non-muslim dan variasi hasil putusan Mahkamah Agung mengenai pengaturan wasiat wajibah. Adanya pembaharuan aturan mengenai wasiat wajibah merupakan bentuk implementasi dari nilai-nilai hukum progresif. Mahkamah Agung dalam menjalankan putusannya mengenai pengaplikasian wasiat wajibah berpedoman pada keadilan dan kemanusiaan yang selaras dengan sifat hukum progresif yang memiliki misi membimbing manusia kepada kesejahteraan dan kebahagiaan.⁷¹

20. Abdul Aziz, Ghuftron Maksum, Nadzif Ali Asyari, Nurul Huda, dengan judul “Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non-Muslim Di Indonesia Perspektif Najmuddin At-Thufi”.

Hasil penelitiannya, yaitu: Masalah merupakan tujuan yang dikehendaki oleh al-syari’ dalam hukum-hukum yang diterapkannya melalui tekteks suci syariah (*an-nusus as-syari’ah*) berupa al-Quran dan Hadits. Tujuan tersebut mencakup 5 (lima) hal pokok, yaitu pemeliharaan atas mereka (makhluk) terhadap agama mereka, jiwa mereka, akal mereka, nasab atau keturunan mereka, dan harta mereka, maka setiap sesuatu yang mengandung atau mencakup pemeliharaan atas lima pokok dasar tersebut adalah maslahat. Konsep masalah yang disampaikan at-Thufi secara eksplisit terkesan sangat determinatif, frontal dan kontroversial, namun jika diteliti secara jeli sebenarnya tiidak demikian.ia seakan mengabaikan dalil-dalil syara’, namun sebenarnya ia menggunakan dalil syara’ yang lain. Jika dipahami perlahan dapat dipahami bahwa determinasi masalah yang dimaksud at-Thufi berkait dengan pencegahan darurat (bahaya) yang mengancam *al-maqasid al-*

⁷¹ Herlina Nur Afida, *Pemberian Wasiat Wajibah Pada Ahli Waris Non-Muslim Perspektif Hukum Progresif*. Islamica, Jurnal Keislaman dan Ilmu Pendidikan, Volume 5, Nomor 1, Januari 2023.

kulliyyat al khamsah. Jika demikian, pendapat at-Thufi sebenarnya tidak berbeda dengan pendapat ulama lainnya, hanya kelengkapan logikanya yang dilakukan dengan jalan yang berbeda.⁷²

Berdasarkan penelitian-penelitian terdahulu yang telah peneliti paparkan, kendatipun telah banyak sekali penelitian terkait dengan masalah wasiat wajibah terhadap ahli waris non Muslim, namun tampak jelas belum ada penelitian yang berfokus kepada dinamika beberapa putusan / Yurisprudensi Mahkamah Agung RI tentang wasiat wajibah terhadap ahli waris non Muslim dari tahun 1995 sampai dengan 2018 (selama 23 tahun) serta peranan Yurisprudensi tersebut dalam pembaruan hukum kewarisan Islam di Indonesia.

H. Kerangka Berpikir

Untuk menjawab pertanyaan penelitian sebagaimana telah dikemukakan di atas, peneliti menggunakan teori-teori sebagai berikut: untuk *grand theory*, digunakan teori: Kemaslahatan. *Middle theory* menggunakan teori Penemuan Hukum, *Applied theorinya*: Teori Hukum Progresif.

1. Teori Kemaslahatan (*Grand Theory*)

Menurut al-Thufi, bahwa menegakkan syari'at termasuk kategori tujuan *dharuriyyah* (primer) yang orientasinya adalah terealisirnya kemaslahatan bagi seluruh manusia dan tidak bertentangan dengan syari'at.⁷³ Dalam konteks hukum Islam, menerapkan syariat dalam kehidupan bukan hanya dalam lingkup hubungan vertikal semata antara manusia dengan Allah (*habl min Allah*) yang sifatnya *ta'abbudy*, melainkan mencakup juga hubungan horizontal antara manusia dengan manusia (*habl min al-nas'*) dan dengan alam (*habluminal'alam*) yang sifatnya *ta'aqquly*. Akan tetapi, Al-Thufi memberi catatan bahwa maslahat hanya berlaku dalam bidang mu'amalah, tidak berlaku dalam bidang ibadah.

⁷² Abdul Aziz, Ghufron Maksum, Nadzif Ali Asyari, Nurul Huda, *Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non-Muslim Di Indonesia Perspektif Najmuddin At-Thufi*. Tasyri' Journal of Islamic Law, Vol. 2 No. 1, Januari 2023.

⁷³ Mustafa Zud, *At-Maslahahfi al-Tasyri' al-Islami wa Najamuddin al-Tufi*, (Mesir : Dar al-Fik al-Arabi, 1959), 68-74; Najamuddin al-Tufi, *Syarh al-Arbain an Nawawiyah*, dalam Abdul Wahab Khalal Mashadir al-Tasyri' al-Islami Fima la Nassafih (Kuwait Dar al-Qalam, 1972), 105; dan Ahmad Abd al-Rahim al-Sayih, *Risalat fi Ri'ayat al-Maslahah li al-Imam al-fufi* (Mesir: Dar al- Misriyyah li al-Bananiyah, 1993), 13-47.

Kedua, teori maslahatnya al-Ghazali dan al-Syathiby. Bagi Al-Ghazaly (450-505 H), pada dasarnya menurut bahasa atau urf kata maslahat berarti meraih manfaat atau menghindarkan kemadaratan.⁷⁴ Menurut Al-Ghazali, sebagaimana dikemukakan oleh Juhaya S. Pradja, al-maslahah pada dasarnya adalah "suatu gambaran meraih manfaat atau menghindarkan kemadaratan". Akan tetapi, bukan itu yang kami maksudkan sebab meraih manfaat dan menghindarkan kemadaratan adalah tujuan dari kemaslahatan manusia dalam mencapai maksudnya. Yang kami maksudkan dengan al-maslahah adalah memelihara tujuan-tujuan syara.⁷⁵

Berdasarkan uraian tersebut dapat difahami, bahwa bagi Al-Ghazaly al-mashlahah dalam pengertian syar'i adalah meraih manfaat dan menolak madarat dalam rangka memelihara tujuan syara' (*maqasid al-syariah*), yaitu memelihara agama (*hifdz al-din*), memelihara jiwa (*hifdz al-nafs*), memelihara akal (*hifdz al-aql*), memelihara keturunan (*hifdz al-nasl*) dan memelihara harta (*hifdz al-mal*). Al-Ghazaly lebih lanjut berpendapat, "Semua yang mengandung pemeliharaan tujuan syara yang lima ini merupakan al-maslahah. dan semua yang mengabaikan tujuan ini merupakan mafsadah".

Sementara konsep al-mashlahah menurut Al-Syathiby, hampir sama dengan konsep Al-Ghazaly. Menurut Al-Syathiby, al-mashlahah adalah sesuatu yang difahami untuk memeliharanya sebagai hak hamba dalam bentuk meraih kemaslahatan dan menolak kemafsadatan yang untuk mengetahuinya tidak didasarkan pada akal semata.⁷⁶ Meraih al-mashlahah juga adalah dalam rangka meraih tujuan syara (*maqasid al-syari'ah*), baik yang bersifat dharuriyat, hajjiyat ataupun tahsiniyyat yang berpijak pada lima tujuan syara yaitu : memelihara agama (*hifdz al-din*), memelihara jiwa (*hifdz al-nafs*), memelihara akal (*hifdz al-aql*), memelihara keturunan (*hifdz al-nasl*) dan memelihara harta (*hifdz al-mal*).

Sementara Juhaya S. Pradja juga dalam bukunya Filsafat Hukum Islam, menjelaskan prinsip-prinsip hukum Islam. Menurutnya, prinsip-prinsip hukum

⁷⁴ Abu Hamid Muhammad Ibn Muhammad At-Ghazali, *Mustasfa min ilmi al-ushul*, Juz I, @eirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, t.t.), 286.

⁷⁵ Juhaya S. Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, 154

⁷⁶ Abu Ishaq Ibrahim Ibn Muhammad al-Syatibi, *Al-I'tisham* (Makkah Al-Maktabah al-Mukarramah: at-Faishaliyah, t-t.), Juz II, I 13.

Islam ada 7 (tujuh), yaitu: prinsip tauhid, prinsip keadilan, prinsip amar makruf nahi munkar, prinsip kemerdekaan atau kebebasan (*ar-Hurriyyah*), prinsip persamaan atau egalite (*al-Musawah*), prinsip tolong-menolong (*al-Ta'awun*) dan prinsip toleransi (*tasa' muh*).⁷⁷

Selain itu, penerapan prinsip kepastian hukum Islam hendaknya juga mengacu pada kaidah-kaidah hukum Islam, antara lain "tindakan imam terhadap rakyatnya harus dikaitkan dengan kemaslahatan (*tasharruf al-imam 'ala al-ra'iyah manuthun bi al-mashlahah*). Kaidah ini didukung juga dengan kaidah "hukum yang diputuskan oleh hakim (penguasa) dalam masalah-masalah ijtihad menghilangkan perbedaan pendapat" (*Hukmu al-hakim fi masail al-ijtihad yarfa'ual-khilaf*).

Ketiga, Teori Kemaslahatan-Ibn Qayyim al-Jauziyyah. Ibu Qayyim al-Jauziyyah, salah seorang ulama terkemuka dari kalangan Mazhab Hambali, berpendapat bahwa syariah Islam itu dibangun berdasarkan asas merealisasikan hikmah dan kemaslahatan hamba/manusia. Oleh karena itu, menurutnya, syariah Islam pasti adil, rahmah, maslahat dan membawa hikmah.⁷⁸ Jadi, apabila merujuk pada pendapat Ibn Qayyim, setiap upaya untuk menggali kebenaran menurut syariah, maka tolak ukurnya harus memenuhi unsur-unsur : adil, rahmah, maslahat dan hikmah.

Keempat, teori maslahat yang dikemukakan Wahab Afif, seorang ulama dan akademisi UIN Sunan Gunung Djati Bandung. Menurutnya, secara normatif, maslahat mengacu pada suatu keadaan yang seharusnya ada, sehingga hanya ada kebaikan, kenyamanan dan kedamaian. Dengan kata lain dalam maslahat hanya ada hal-hal yang positif, tidak ada hal-hal yang negatif, seperti kerusakan, bahaya dan kerugian.⁷⁹ Secara empiris, maslahat adalah realitas yang sungguh-sungguh ada dan dapat dirasakan. Hukum Islam menjadikan maslahat bagi hamba Allah, yang konstruksi dan daya atumya harus memihak pada maslahat secara empiris. Dus kemaslahatan itu harus paralel antara yang normatif dengan yang empiris.

⁷⁷ Juhaya S. Pradja *Filsafat Hukum Islam*, 69-78.

⁷⁸ Ibn Qayyim al-Jauziyyah, *I'lam al-Muwaqqin 'an Rabbal-alamitn* (Maktabah Syamilah) juz III, 11

⁷⁹ Juhaya S. Pradja *"Teori Hukum dan Aplikasinya*, 163.

Sejatinya, hukum Islam (syariat Allah) itu ada di balik kemaslahatan yang real atau nyata meskipun simbolnya tidak secara eksplisit menyebut Islam.

Eksistensi kemaslahatan itu harus nyata dirasakan dan dialami oleh hamba Allah, dan nomenklatur hamba Allah tersebut dalam bahasa empirisnya biasa disebut al-Ummah; dan, dalam skema normatif-empiris hukum Islam dapat dipahami sebagai sarana untuk mencapai kemaslahatan hamba-Nya. Itulah sebabnya, Wahab Afif merumuskan teori bahwa tujuan hukum Islam adalah untuk mencapai kemaslahatan ummat atau *al-mashlahah al-ummah*.

2. Teori Penemuan Hukum (*Middle Theory*)

Kegiatan dalam kehidupan manusia sangat luas, tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu perundang-undang dengan tuntas dan jelas. Sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang lengkap selengkap-lengkapnyanya dan jelas sejelas-jelasnya. Karena hukumnya tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dicari dan ditemukan.⁸⁰ Hukum diartikan sebagai keputusan hukum (pengadilan), yang menjadi pokok masalah adalah tugas dan kewajiban hakim mengenai tugas dan kewajiban hakim dalam menemukan apa yang menjadi hukum, hakim dapat dianggap sebagai salah satu faktor pembentuk hukum.⁸¹ Karena Undang-Undang tidak lengkap maka hakim harus mencari dan menemukan hukumnya (*recthsvinding*).

Penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo, “lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas- petugas hukum yang diberi tugas melaksanakan hukum atau menerapkan peraturan-peraturan hukum terhadap suatu peristiwa yang konkret”.⁸² Keharusan menemukan hukum baru ketika aturannya tidak saja tak jelas, tetapi memang tidak ada, diperlukan pembentukan hukum untuk memberikan penyelesaian yang hasilnya dirumuskan dalam suatu putusan yang disebut dengan putusan hakim, yang merupakan penerapan hukum.

⁸⁰ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2014), h, 49.

⁸¹ Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran Dan Kontruksi Hukum*, (Alumni, Bandung, 2000), h, 6

⁸² Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*, h, 39

Eksistensi penemuan hukum begitu mendapatkan perhatian yang berlebih, karena penemuan hukum dirasa mampu memberikan suatu putusan yang lebih dinamis dengan memadukan antara aturan yang tertulis dan aturan yang tidak tertulis. *Rechtsvinding* hakim diartikan sebagai *ijtihad* hakim dalam memberikan keputusan yang memiliki jiwa tujuan hukum.

Menurut Paul Scholten sebagaimana dikutip oleh Achmad Ali, “penemuan hukum diartikan sebagai sesuatu yang lain daripada penerapan peraturan-peraturan pada peristiwanya, dimana kadangkala terjadi bahwa peraturannya harus dikemukakan dengan jalan interpretasi”.⁸³

Berdasarkan pengertian penemuan hukum diatas, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa yang dimaksud penemuan hukum yaitu proses pembentukan hukum oleh hakim, hakim harus melihat apakah Undang- Undang tersebut tidak memberikan peraturan yang jelas, atau tidak ada ketentuan yang mengaturnya, jika terjadi demikian maka hakim dapat melakukan penemuan hukum. Hal tersebut bertujuan untuk menciptakan hukum yang konkrit dan sesuai kebutuhan masyarakat.

Dasar hukum positif dalam penemuan hukum, dalam Pasal 1 Ayat (1) Undang-Undang Nomer 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman ditentukan bahwa “Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.”

Pasal 4 Ayat (1) Undang-Undang Nomer 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan “Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang”. Ini berarti bahwa hakim pada dasarnya harus tetap ada di dalam satu sistem (hukum), tidak boleh keluar dari hukum, sehingga harus menemukan hukumnya.

Pasal 10 Ayat (1) Undang-Undang Nomer 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan “Pengadilan dilarang menolak untuk

⁸³ H.P. Panggabean, *Penerapan Teori Hukum Dalam Sistem Peradilan Indonesia*, (Bandung: PT. Alumni, 2014), h. 217.

memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya”.⁸⁴ maka dapat ditarik kesimpulan bahwa yang dimaksud penemuan hukum yaitu proses pembentukan hukum oleh hakim, yang dimana hakim tersebut tidak hanya melihat pada konteks tekstual atau dalam arti hanya dari Undang-Undang saja, namun dapat juga dari sumber hukum yang lain. Sistem hukum islam juga mengenal adanya penemuan hukum (*recthsvinding*). Dalam sistem hukum Islam penemuan hukum dikenal dengan istilah “ijtihad”.

Ijtihad menurut istilah ulama ushul, yaitu mencurahkan daya kemampuan untuk menghasilkan hukum syara’ dari dalil-dalil syara’ secara terinci. Adapun lapangan ijtihad ini meliputi dua hal, yaitu: (1) sesuatu yang tidak ada nashnya sama sekali, dan (2) sesuatu yang ada nashnya yang tidak pasti. Kedua lapangan ijtihad inilah merupakan objek yang sangat luas untuk melakukan ijtihad. Karena seorang mujtahid itu meneliti agar sampai kepada mengetahui hukumnya dengan cara qiyas (analogi), atau istishan (menganggap baik), atau istishab (menganggap berhubungan), atau memelihara ‘Urf (kebiasaan), atau masalah mursalah (kepentingan umum).⁸⁵

Secara umum, hukum ijtihad itu adalah wajib. Artinya, seseorang mujtahid wajib melakukan ijtihad untuk menggali dan merumuskan hukum syara’ dalam hal-hal yang syara’ sendiri tidak menetapkannya secara jelas dan pasti.⁸⁶ Adapun sandaran diperbolehkannya melakukan ijtihad berdasar untuk mencari titik temu dalam setiap putusan berlandaskan pada Surat Al-Hasyr (59): 2:

... وَأَيُّدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ ۚ

“Maka ambilah pelajaran hai orang-orang yang berakal”.⁸⁷

Firman Allah dalam Al-Qur’an tersebut di atas menjadi dalil adanya ijtihad dalam menetapkan hukum, terutama jika dalam masalah yang dihadapi ketentuan

⁸⁴ Undang-Undang Nomer 48 tentang Kekuasaan Kehakiman, (Jakarta : Fokus Media, 2009), 43.

⁸⁵ Hasanuddin AF, dkk, *Ilmu Hukum*, (Ciputat: UIN Jakarta Press, 2003), 148-149.

⁸⁶ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, (Jakarta: Kencana, 2008), 227.

⁸⁷ Al-Qur’an dan Terjemahannya, (Surabaya: CV Pustaka Agung Harapan, 2013), 77.

hukumnya tidak terdapat dalam Al-Quran dan As- Sunnah. Ijthad dapat dilakukan bukan hanya oleh fuqaha atau ushuliyin.

Seorang hakim di pengadilan, jika menemukan masalah yang membutuhkan pemikiran mendalam, dapat melakukan ijthad dalam memutus perkara yang dihadapi. Hal itulah yang dalam lingkungan peradilan disebut dengan penemuan hukum.⁸⁸

Undang-Undang sebagaimana kaidah pada umumnya, berfungsi untuk melindungi kepentingan manusia, sehingga harus dilaksanakan atau ditegakkan. Oleh karena itu, setiap Undang-Undang selalu dilengkapi dengan penjelasan yang dimuat dalam Tambahan Lembaran Negara.⁸⁹ Kegiatan manusia sangatlah luas tidak terhitung jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang- undangan secara tuntas dan jelas. Manusia sebagai ciptaan Tuhan mempunyai kemampuan yang terbatas, sehingga Undang-Undang yang dibuatnya, tidaklah lengkap dan tidak sempurna untuk mencakup keseluruhan kegiatan kehidupannya.⁹⁰

Setiap Undang-Undang bersifat statis dan tidak dapat mengikuti perkembangan kemasyarakatan, sehingga menimbulkan ruang kosong, yang perlu diisi oleh hakim. Hakim mencoba mencari dan menemukan hukumnya sendiri dari sumber-sumber hukum lain seperti yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis. Keberadaan hukum baru terasa saat adanya suatu perkara dan untuk menyelesaikan perkaratersebut harus melalui suatu putusan yang dijatuhkan oleh hakim.⁹¹ Ada beberapa aliran yang menjadi lahirnya penemuan hukum yakni aliran Legisme dan Freirechtslehre.⁹²

Aliran legisme adalah aliran yang tumbuh pada abad ke-19, karena kepercayaan kepada hukum alam yang rasionalis hampir ditinggalkan orang sama sekali. Aliran legisme ini menekankan bahwa hakikat hukum itu adalah hukum

⁸⁸ Beni Ahmad Saebani, *Ilmu Ushul Fiqh*, (Bandung: CV. Pustaka Setia, 2008), 185.

⁸⁹ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, 12

⁹⁰ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum*., 37.

⁹¹ Achmad Ali, *Keterpurukan Hukum di Indonesia Penyebab dan Solusinya*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2005), 8.

⁹² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2010), 212-214.

tertulis (Undang-Undang), semua persoalan masyarakat diatur dalam hukum tertulis. Pada hakikatnya merupakan pandangan yang berlebihan terhadap kekuasaan yang menciptakan hukum tertulis, sehingga dianggap kekuasaan adalah sumber hukum.⁹³

Dalam perkembangannya, aliran legisme ini semakin lama semakin ditinggalkan. Karena semakin lama semakin disadari bahwa Undang- Undang memiliki kelemahan lagi selain sifatnya statis dan kaku, yakni tidak dapat mencangkup kebutuhan masyarakat akan suatu permasalahan hukum. Sifat Undang-Undang yang abstrak dan umum itulah yang menimbulkan kesulitan dalam penerapannya secara *in concreto* oleh para hakim di pengadilan. Tidak mungkin hakim akan dapat memutus suatu perkara, jika hakim hanya berfungsi sebagai terompet Undang-Undang belaka, sehingga hakim masih harus melakukan kreasi tertentu.

Akibat kekurangan- kekurangan yang ditemui dalam perjalanan aliran Legisme, kemudian lahirlah aliran *Freie Rechtslehre* atau *Freie Rechtsbewegung* atau *Freie Rechtsschule* sebagai penentang aliran legisme yang memiliki banyak kekurangan.⁹⁴ Aliran *Freie Rechtslehre* ini bertolak belakang dengan aliran legisme.

Aliran ini lahir karena melihat kekurangan-kekurangan dalam aliran legisme yang ternyata tidak dapat memenuhi kebutuhan-kebutuhan dan tidak dapat mengatasi persoalan-persoalan baru. Ciri utama pada aliran ini adalah hukum tidak dibuat oleh legislatif. Hakim menentukan dan menciptakan hukum (*judge made law*), karena keputusannya didasarkan pada keyakinan hakim. Yurisprudensi adalah sumber hukum primer, sedangkan Undang-Undang adalah sekunder.

Keputusan hakim lebih dinamis dan *up to date* karena senantiasa mengikuti keadaan perkembangan di masyarakat dan bertitik tolak pada kegunaan sosial (*social doelmatigheid*). Tujuan utama aliran ini yakni memberikan kemanfaatan dalam masyarakat. Namun dalam perkembangan selanjutnya,

⁹³ Pontang Moerad B.M, *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan dalam Perkara Pidana*, (Bandung, 2005), 119.

⁹⁴ Pontang Moerad B.M, *Pembentukan Hukum*, 154

ternyata ditemukan bahwa solusi menemukan yang pada awalnya menjadi tujuan utama aliran Freie Rechtslehre justru menimbulkan ketidakpastian dalam perjalanan selanjutnya.⁹⁵

Pandangan Legisme dan Freie Rechtslehre yang ekstrem tersebut secara tegas membedakan hukum yang berasal dari perundang-undangan dan hukum yang berasal dari peradilan. Pandangan Legisme yang menjunjung tinggi akan kepastian hukum, sedangkan ajaran Freie Rechtslehre yang menjunjung akan kemanfaatan bagi masyarakat.⁹⁶ Jika dicermati, sebenarnya tertera beberapa ketentuan yang menjadi dasar terjadinya penemuan hukum dalam praktik peradilan di Indonesia. Apabila melihat Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman mulai dari Undang-Undang Nomer 14 Tahun 1970,⁹⁷ Undang-Undang Nomer 4 Tahun 2004⁹⁸ dan Undang-Undang Nomer 48 Tahun 2009,⁹⁹ terdapat pasal yang menegaskan agar hakim wajib menggali mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Pasal-pasal tersebut tentu berkaitan dengan tugas pokok hakim yakni memeriksa, mengadili, dan memutus perkara.

3. Teori Hukum Progresif (*Applied Theory*)

Satjipto Rahardjo merupakan seseorang yang dijuluki begawan sosiologi hukum Indonesia, yang pertama kali mencetuskan gagasan hukum progresif. Hukum progressif menawarkan perspektif, spirit, dan cara baru mengatasi kelumpuhan hukum di Indonesia.¹⁰⁰ Hukum hendaknya mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar di dalamnya serta mampu melayani kepentingan dan kebutuhan masyarakat

⁹⁵ M. Ilham Putuhena, "Profil Jurnal Rechtsvinding", 2019

⁹⁶ Bambang Sutyoso, *Metode Penemuan Hukum*, (Yogyakarta: UII Press, 2006), 55.

⁹⁷ Pasal 27 Ayat (1) Undang-Undang Nomer 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman berbunyi "Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat."

⁹⁸ Pasal 28 Ayat (1) Undang-Undang Nomer 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman berbunyi "Hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat."

⁹⁹ Pasal 5 Ayat (1) Undang-Undang Nomer 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman berbunyi "Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat."

¹⁰⁰ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta: Kompas, 2006), ix.

dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.

Munculnya teori hukum progresif bukanlah sesuatu yang kebetulan, bukan sesuatu yang lahir tanpa sebab. Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif bertolak dari realitas empirik tentang cara kerja hukum di masyarakat berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum di Indonesia akhir abad ke-20. Dalam proses pencariannya itu, Satjipto Rahardjo berkesimpulan bahwa salah satu penyebab menurunnya kinerja dan kualitas penegak hukum di Indonesia adalah dominasi paradigma positivisme dengan sifat formalitasnya yang melekat.¹⁰¹ Dalam pandangan hukum progresif hal inilah yang disebut kebijakan yang tidak memberikan kemanfaatan sosial bagi masyarakat dan seakan-akan ilmu ekonomi hanya tombol kematian bagi kepentingan masyarakat secara umum karena pilihan *mainstream* ekonomi Indonesia yang cenderung positivistik terhadap kepentingan neo liberalisme belaka.

Agenda untuk menjalankan sistem ekonomi Indonesia, yang pertama adalah melakukan globalisasi hukum yang disesuaikan dengan kepentingan pragmatis yaitu akumulasi modal. Artinya mekanisme hukum yang diciptakan bertitik sentral pada mazhab sistem pembangunan ekonomi neo liberalisme sampai masuk ke dalam ranah positivisme hukum.

Paradigma hukum progresif sangat menolak *mainstream* seperti ini yang berpusat pada aturan/mekanisme hukum positivistik sehingga hukum progresif membalik paham ini.¹⁰² Kejujuran dan ketulusan menjadi mahkota penegakan hukum. Empati, kepedulian, dan dedikasi menghadirkan keadilan menjadi roh penyelenggara hukum. Kepentingan manusia (kesejahteraan dan kebahagiaannya) menjadi titik orientasi dan tujuan akhir dari hukum. Para penegak hukum menjadi ujung tombak perubahan.

¹⁰¹ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Kompas, 2006), 10-11. Lihat juga Satjipto Rahardjo, *Sisi-Sisi Lain Dari Hukum Di Indonesia* (Jakarta: Kompas, 2003), 22-25.

¹⁰² Sudjiono Sastroatmojo, *Konfigurasi Hukum Progresif*, Artikel dalam Jurnal Ilmu Hukum, Vol.8 No 2 September 2005, 186.

Progresivisme bertolak dari pandangan kemanusiaan bahwa manusia pada dasarnya adalah baik, memiliki sifat-sifat kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama sebagai modal penting bagi membangun kehidupan ber hukum dalam masyarakat. Progresivisme mengajarkan bahwa hukum bukan raja, tetapi alat untuk menjabarkan dasar kemanusiaan yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia.¹⁰³ Progresivisme tidak ingin menjadi hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral kemanusiaan. Dalam logika inilah revitalisasi hukum dilakukan. Perubahan tak lagi pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasi hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Aksi perubahan pun bisa segera dilakukan tanpa harus menunggu perubahan peraturan. Hal ini karena pelaku hukum (aparatus penegak hukum progresif) dapat melakukan pemaknaan yang progresif terhadap peraturan yang ada.

Menghadapi suatu aturan, meskipun aturan itu tidak aspiratif misalnya, yang progresif tidak harus menepis keberadaan aturan itu. Ia setiap kali bisa melakukan interpretasi¹⁰⁴ secara baru terhadap aturan tersebut untuk memberi keadilan dan kebahagiaan pada pencari keadilan.¹⁰⁵ Pelaku hukum juga dapat melakukan penafsiran hukum yaitu pemberian makna terhadap teks peraturan dan karena itu tidak boleh berhenti pada pembacaan harfiah saja. Dengan cara seperti itu hukum menjadi progresif karena bisa melayani masyarakatnya. Melayani masyarakat berarti melayani kehidupan masa kini dan oleh sebab itu progresif.¹⁰⁶ Penafsiran progresif memahami proses hukum sebagai proses pembebasan terhadap konsep yang kuno yang tidak dapat lagi dipakai untuk melayani kehidupan masa kini.

¹⁰³Joni Emirzon, *Urgensi Etika (Moral) dalam pembangunan Hukum Progresif di Masa Depan*, dalam Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Ed, I Gede A.B Wiranata, Joni Emirzon, dan FirmanMuntaqo (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, cet 2; 2007), 228.

¹⁰⁴Satjipto Rahardjo, *Menggagas Hukum Progresif Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006), 3-4.

¹⁰⁵Sudjiono Sastroatmojo, *Konfigurasi Hukum Progresif*, Artikel dalam Jurnal Ilmu Hukum, Vol.8 No 2 September 2005, 186.

¹⁰⁶*Hukum dalam Jagat Ketertiban*, Jakarta: UKI Press, 2006, hlm. 171. lihat pula, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), 127.

Hukum progresif sebagaimana hukum yang lain seperti positivisme, realisme, dan hukum murni, memiliki karakteristik yang berbeda dengan yang lain. Karakteristik tersebut antara lain sebagai berikut:

1. Paradigma dalam hukum progresif adalah bahwa hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia. Artinya paradigma hukum progresif mengatakan bahwa hukum adalah untuk manusia. Pegangan, optik atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral dalam berhukum, melainkan manusialah yang berada di titik pusat perputaran hukum. Hukum itu berputar di sekitar manusia sebagai pusatnya. Hukum ada untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Apabila berpegangan pada keyakinan bahwa manusia itu adalah untuk hukum, maka manusia itu akan selalu diusahakan, mungkin juga dipaksakan, untuk bisa masuk ke dalam skema-skema yang telah dibuat oleh hukum.¹⁰⁷ Sama halnya ketika situasi tersebut di analogikan kepada undang-undang penanaman modal yang saat ini cenderung hanya mengedepankan kepentingan investasi belaka, tanpa melihat aspek keadilan dan keseimbangan sosial masyarakat.
2. Hukum progresif menolak untuk mempertahankan status quo dalam berhukum. Mempertahankan status quo memberikan efek yang sama, seperti pada waktu orang berpendapat, bahwa hukum adalah tolak ukur semuanya, dan manusia adalah untuk hukum. Cara berhukum yang demikian itu sejalan dengan cara positivistik, normatif dan legalistik. Sekali undang-undang mengatakan atau merumuskan seperti itu, kita tidak bisa berbuat banyak, kecuali hukumnya dirubah lebih dulu.¹⁰⁸ Dalam hubungan dengan ini, ada hal lain yang berhubungan dengan penolakan terhadap cara berhukum yang pro status quo tersebut, yaitu berkaitan dengan perumusan-perumusan masalah kedalam perundang-undangan. Substansi undang-undang itu

¹⁰⁷ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir* (Jakarta: Kompas, 2007), 139 -140.

¹⁰⁸ Rahardjo, *Biarkan Hukum...*, 143.

berangkat dari gagasan tertentu dalam masyarakat yang kemudian bergulir masuk ke lembaga atau badan legislatif.

3. Hukum progresif memberikan perhatian besar terhadap peranan perilaku manusia dalam hukum.¹⁰⁹ Ini bertentangan dengan diametral dengan paham bahwa hukum itu hanya urusan peraturan. Peranan manusia di sini merupakan konsekuensi terhadap pengakuan bahwa sebaiknya kita tidak berpegangan secara mutlak kepada teks formal suatu peraturan.

Dengan demikian dapat dipahami bahwa Satjipto Raharjo melihat adanya resiko besar dan akibat yang akan dihadapi apabila menjadikan peraturan sebagai poros hukum. Cara berhukum yang penting untuk mengatasi kemandegan atau stagnasi adalah dengan membebaskan diri dari dominasi yang membuta kepada teks undang-undang. Cara seperti ini bisa dilakukan, apabila melibatkan unsur manusia atau perbuatan manusia dalam berhukum, karena pada dasarnya *the live of law has not been logis, but experience*.



¹⁰⁹ Rahardjo, *Biarkan Hukum...*, 146.